UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE REFUS DE CONTRACTER

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 24 février 1965

PAR

JEAN-CHRISTIAN SERNA

MEMBRES DU JURY :

Président : M. J. CARBONNIER, Professeur

Suffragants { M. R. RODIERE, Professeur
M. F. GORE, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534911_0002

LE REFUS DE CONTRACTER

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LE REFUS DE CONTRACTER

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 24 février 1965

PAR

JEAN-CHRISTIAN SERNA

MEMBRES DU JURY :

Président : M. J. CARBONNIER, Professeur

Suffragants { M. R. RODIERE, Professeur
M. F. GORE, Professeur

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, rue Soufflot (V^e^)
PARIS

1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INTRODUCTION

— I —

On enseigne classiquement que la codification napoléonienne est une synthèse, l'aboutissement de tendances diverses, parfois même opposées. Cela ne veut pas dire que cette œuvre soit une fin en soi : en la matière, la fin signifierait la sclérose et l'asphyxie des institutions. En vérité, le Code civil est une des pièces de la remise en ordre de la nation, et il doit être considéré comme une halte dans l'évolution de notre droit. C'est, nous le savons aujourd'hui, grâce à la mise en place de ces bases logiques que nos institutions juridiques ont pu à nouveau se développer et proliférer, s'adaptant à l'évolution des conditions et des conceptions de la vie.

Il est, pourtant, dans le Code civil, une institution qui semble parfaite et dont toute évolution paraît impossible : le contrat.

On sait (1) qu'avant de parvenir à cet état d'apparente perfection, le contrat dut franchir bien des étapes, emprunter bien des formes, solliciter bien des soutiens.

Pour étudier cette évolution, Durkheim partait de la notion de « lien moral juridique » (2). C'est une « relation que la conscience publique conçoit entre deux sujets, individus ou collectifs, ou bien encore entre ces sujets et une chose, et en vertu de laquelle l'un des termes en présence a sur l'autre au moins un droit déterminé » (3).

(1) Pour une étude sociologique : cf. DURKHEIM, « Leçons de Sociologie, Physique des Mœurs et du Droit », p. 206 et s. ; DAVY, « La Foi Jurée », Thèse Lettres, Paris 1922 ; CARBONNIER, « Sociologie et Droit du Contrat », Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, T. VII, Fasc. I, p. 113. Pour une étude plus philosophique : G. ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de Contrat », Thèse, Paris 1965.

(2) *Op. cit.*, p. 206.

(3) *Eod. loc.*

Un tel lien peut avoir deux sources : ou bien « un état réalisé, soit des choses, soit des personnes en rapport, et tel que, soit d'une manière chronique, soit d'une manière durable, elles sont de telle ou telle nature, situées ici ou là, conçues par la conscience publique comme affectées de tel ou tel caractère » ; ou bien « un état de choses ou de personnes non encore réalisé mais simplement voulu de part et d'autre. C'est donc dans ce cas, non la nature intrinsèque de l'état, mais le fait de vouloir qui est générateur de droit; celui-ci consiste dans ce cas simplement à le réaliser tel qu'il a été voulu » (4). Il existe donc une opposition très nette entre les relations juridiques qui ont pour origine le statut des personnes ou des choses et celles qui ont pour origine des volontés concordantes en vue de modifier ce statut. C'est ce second lien qui est le lien contractuel.

Cette constatation conduit à faire une remarque, proche d'une définition : le contrat permet de modifier une situation; c'est un instrument, un moyen, jamais une fin. On ne contracte pas pour le plaisir de contracter. On contracte pour modifier un *status*, pour transformer un état de choses.

Cet instrument est un instrument complexe : ce n'est pas une notion évidente que celle du contrat. Aussi, en vertu de la règle selon laquelle « les institutions nouvelles commencent par se modeler sur les anciennes » (5), le droit contractuel commença-t-il par calquer le statut personnel et le statut réel qu'il avait pour fonction de modifier (6). Puis on découvrit la solennité religieuse, l'emploi du rite matériel et celui de la formule. Et puis sous la pression du développement des échanges, avec la croissance du scepticisme, on en vint à abandonner les rites matériels dont on ne comprenait plus le sens, et à ne plus croire à la vertu religieuse des paroles. Cette dernière étape d'ailleurs n'est pas si lointaine. Car être lié par la seule vertu d'une formule religieuse, c'est être lié par son serment, en prenant la divinité à témoin. C'est l'étape qui précède immédiatement celle du Code civil, ou plus exactement celle que le Code va consacrer.

« Jusque-là, l'édifice juridique reposait sur l'idée de loi naturelle, sur l'affirmation d'un ordre providentiel déterminé par Dieu, et par lui imposé aux hommes et aux sociétés. Les droits subjectifs des individus dérivaient de ce droit objectif primordial... Désormais, il n'y a plus d'ordre divin, plus de lois providentielles, les individus humains sont conçus comme des êtres absolus, autonomes, qu'aucune volonté supérieure ne commande. A l'idée de loi naturelle s'est substituée

(4) DURKHEIM, *op. cit.*, p. 207.
(5) DURKHEIM, *op. cit.*, p. 210.
(6) On connaît les célèbres transfusions de sang, le « Blood convenant », le « Potlatch », les rites de communions alimentaires.

celle de l'idée de liberté naturelle » (7). La laïcisation du Droit aurait pu conduire à un autre résultat que la consécration de la volonté comme source de droit. Mais il aurait fallu que l'on ne pensât point aux XVIII[e] et XIX[e] siècles, que « l'une de ces lois naturelles qui régissent les sociétés humaines, est précisément que la prospérité commune, le bien-être général ne peuvent être mieux réalisés que par l'action des individus. La doctrine économique libérale du "laissez faire - laissez passer" entraîne la liberté contractuelle comme corollaire » (8). Enfin, s'ajoutait à tout cela, l'idée que chaque individu est le meilleur défenseur de son intérêt. Le groupement de ces trois idées — laïcisation du Droit, libéralisme économique, et idée que chaque individu est le meilleur défenseur de son intérêt — constitue le fondement de la doctrine dite de l'autonomie de la volonté.

Ce n'est pas le lieu d'exposer en détail cette théorie qui « consiste, suivant la formule de Demogue, à prendre la volonté des individus pour mesure presque unique en matière d'obligations » (9). Mais il convient d'en rappeler l'essentiel.

Elle peut, on le sait, être étudiée sous le double point de vue du fond et de la forme (10). Quant au fond, tout d'abord, l'autonomie de la volonté se manifeste dès la formation du contrat : l'individu a la double possibilité de « contracter ou ne pas contracter (c'est l'option fondamentale), mais encore et surtout déterminer à son gré le contenu du contrat » (11) ; une fois le contrat formé, le principe s'applique encore, puisque seules les parties peuvent modifier la convention. Quant à la forme, le principe de l'autonomie de la volonté signifie, d'une part, que « le contrat a une existence juridique par la seule force de la volonté sans que celle-ci ait besoin d'être revêtue de quelque empreinte qui lui serait conférée » (12) et, d'autre part, que « l'interprétation du contrat doit se faire par la recherche de ce que les contractants ont voulu au plus profond de leur volonté » (13).

On a beaucoup critiqué cette théorie, depuis le début de ce siècle essentiellement (14). Sans doute parce que les croyances qui la fondent ne sont plus admises. Sans doute, aussi, parce que l'individualisme qu'elle exalte est passé de mode. L'homme s'est aperçu qu'il

(7) E. GOUNOT, « Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique », Thèse, Dijon 1912, p. 34.

(8) M. WALINE, « L'Individualisme et le Droit », n° 93.

(9) WALINE, *op. cit.*, p. 171.

(10) Cf. entre autres CARBONNIER, T. II, n° 92.

(11) CARBONNIER, *eod. loc.*

(12) CARBONNIER, *eod. loc.*

(13) *Ibid.*

(14) Cf. GOUNOT, Thèse précitée.

vit en société, et qu'il ne peut se passer de son semblable, entendons par là des services que lui rend son semblable. Or, parmi les doctrines anti-individualistes, la moindre n'est sans doute pas celle de l'abus de droits. Aussi, dans cette vaste critique de l'individualisme, et de l'autonomie de la volonté, en est-on arrivé à se demander si cette « option fondamentale » (15) qu'est la liberté de contracter ou de ne pas contracter était arbitraire et ne pouvait être susceptible d'abus.

Il est certain que, si on en reste à l'idée que chacune des parties est le meilleur juge de son propre intérêt, et si on interprète strictement l'idée qui veut que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes », on verra mal comment on pourrait abuser du droit de contracter. Mais on sait ce que vaut le « prétendu principe de l'effet relatif des contrats » (16) et il a été démontré qu'on « ne peut plus croire que l'individu soit toujours le meilleur défenseur de ses intérêts » (17). On comprend alors pourquoi le Doyen Ripert a écrit que « le droit de faire des actes juridiques est, comme tous les autres droits, susceptible d'abus » (18) et comment le doyen Josserand a pu décrire les « Abus qui se rattachent à la conclusion du contrat, ou qui, tout au moins impliquent cette conclusion » (19).

Plus évidente, peut-être, apparaîtra l'incorrection du refus de contracter : le contrat étant un phénomène nécessaire pour unir les hommes en société, refuser de contracter se présente comme une attitude a-sociale, anormale. Or, de l'attitude anormale à l'attitude fautive il n'y a, pour les juristes, qu'un pas souvent vite franchi. On en vint donc à penser que si refuser de contracter restait, dans certains cas, licite, dans d'autres cas il s'agissait d'une attitude fautive constituant un abus du droit.

*
**

Il y a plusieurs façons d'aborder le problème du refus de contracter; nous allons présenter les deux principales tentatives de solution, celle de Louis Josserand et celle de M. Ricot.

(15) Pour reprendre l'expression de M. le Doyen Carbonnier.
(16) Savatier, R.T.D.C. 1934, p. 526.
(17) Waline, *op. cit.*, n° 99.
(18) Ripert, « La Règle Morale dans les Obligations Civiles », n° 170.
(19) Josserand, « De l'Esprit des Droits », p. 134. C'est le titre du § 2 du Chapitre V (Le Droit des Contrats) de la deuxième partie de cet ouvrage. Il y est montré que des abus peuvent être commis « dans les rapports des contractants entre eux » (n°s 100 à 104), « par les contractants vis-à-vis de leurs créanciers » (n°s 105 à 107) ou « au préjudice des tiers déterminés » (n°s 108 à 112), enfin « à l'encontre de l'ordre public et des bonnes mœurs » (n°s 113 à 118. Il s'agit là de la théorie de la cause).

Ces deux théories débordent le cadre de l'abus du droit; mais il faut noter dès à présent que c'est le développement de cette théorie qui a permis de donner quelque importance au problème (20).

—o—

C'est essentiellement dans son ouvrage *De l'Esprit des Droits* (21) que Louis Josserand développa sa théorie.

Pour lui, le refus de contracter, en principe licite, peut se présenter de deux façons répréhensibles : soit comme un acte intrinsèquement illicite, soit comme un acte abusif.

Il peut arriver d'abord, « que le refus de contracter intervienne dans des conditions telles que la question n'étant plus entière, la liberté contractuelle n'existait pas ou n'existait plus; alors, et sans aucun doute, il présente en principe et sauf circonstances exceptionnelles et justificatives, un caractère illicite et il engage donc par lui-même, abstraction faite de la moralité des parties, la responsabilité de son auteur » (22). Ce refus illicite, bien des sollicités peuvent l'opposer. D'abord « ceux qui exercent leur profession ensuite d'une investiture des pouvoirs publics et sous leur contrôle... »; ils ne peuvent « refuser arbitrairement le recours de leur fonction à une personne qui le sollicite » (23). Ce sont, ensuite, les entreprises qui jouissent d'un monopole de droit ou de fait. En règle générale elles ne sauraient « se soustraire à la conclusion de la convention qui leur est demandée...; elles commettraient ce faisant une illégalité et seraient comptables de leur refus incorrect » (24). Pourtant, leur « réceptivité contractuelle » (25) n'est pas infinie et « trouve sa limite tantôt dans les règlements qui s'en expliquent formellement, tantôt dans des

(20) Cf. Morel, « Du refus de contracter à raison de considérations personnelles », R.T.D.C. 1908, p. 289. Roubier, « Responsabilité précontractuelle », Thèse, Lyon 1911, p. 122 et s. Jusque-là on s'était bien posé le problème de savoir si on peut impunément refuser de contracter, mais toujours à l'occasion de faits très précis et sous la forme de notes de jurisprudence. Anonymes le plus souvent, ces premiers commentaires concernaient la taxation des prix de certaines marchandises alimentaires. Les développements sortirent de ce cadre avec l'apparition de la théorie de l'abus des droits.

(21) Ouvrage précité pp. 118 à 134, n°s 86 à 99. On trouvera aussi le meilleur de la pensée de Josserand sur la question, dans « Evolution et Actualités » sous deux rubriques différentes : pp. 81 et 82 sous le titre, « Relativité et abus des Droits », et pp. 97 et 98 sous le titre le « Contrat de Travail et l'Abus des Droits », cf. aussi note au D. 1913.2.177 sous Amiens, 7 février 1912 (Duchesse de Bouteville), Chambéry, 22 juillet 1912 (Mermoz contre Casino d'Aix) et Tribunal civil de Compiègne, 19 février 1913 (Clément Bayard). Dans cette note, Josserand écrivait que le problème du refus de contracter lui semblait être, avec le droit d'agir en justice, et le droit de propriété « le champ de la réalisation par excellence de l'abus ».

(22) « De l'Esprit des Droits », p. 119.

(23) *Eod. loc.*

(24) *Eod. loc.*

(25) *Op. cit.*, p. 121.

circonstances personnelles au client » (26). Ce sera d'ailleurs à l'auteur du refus d'établir « la réalité des circonstances toutes particulières qui lui ont permis de décliner la conclusion d'une opération en principe obligatoire pour lui » (27), et ainsi d'établir le « motif légitime ». La dernière hypothèse de refus illicite est celle où la liberté contractuelle est entamée « non plus par une disposition ou un principe d'ordre général, mais par la volonté même de l'une des parties qui aurait joué le rôle de pollicitant soit vis-à-vis du public, soit à l'égard d'une personne déterminée » (28). A dire vrai, il n'y a de problème que lorsqu'il s'agit de décider si, dans un cas déterminé, telle ou telle personne est en état d'offre : tel est le cas, par exemple, du tenancier de casino, ou du restaurateur dont les établissements sont bien ouverts au public, mais à des « conditions complexes et nuancées » (29). Comme les précédents, il doit, dans l'appréciation des adhésions, se laisser guider uniquement par des « considérations légitimes, sinon il abuserait du droit qui lui appartient de sélectionner les bénéficiaires de ses propositions » (30).

Ces considérations conduisent alors le Doyen Josserand à étudier la deuxième situation annoncée, « celle de l'individu qui, en se refusant à contracter, exerce bien son droit mais d'une façon abusive et engageant donc sa responsabilité en considération des mobiles auxquels il obéit et du but qu'il poursuit » (31). Ici, l'auteur du refus n'est lié par rien, et on peut penser qu'il lui suffit d'opposer l'inertie. Ceci pourtant est accueilli avec réserve. Certes, si la « passivité est intégrale, on ne conçoit guère qu'elle puisse engager la responsabilité du patient, car on ne voit pas quelle pourrait être alors la prise de l'abus » (32). Mais, « la question se pose en termes sensiblement différents lorsque l'auteur du refus avait sans faire lui-même des offres catégoriques, nettes et précises, créé une situation de nature à provoquer des propositions » (33). Peut-il opposer à ces propositions un refus ? Et ce refus peut-il être pur et simple ? Est-ce que ses raisons sont laissées « à la discrétion du pollicitant transformé

(26) *Eod. loc.* C'est l'hypothèse du voyageur en état d'ébriété, ou atteint de maladie contagieuse, ou du candidat spectateur auquel le directeur de théâtre ou de casino interdit l'entrée de son établissement parce qu'il craint des troubles et du scandale.

(27) *Eod. loc.*

(28) *Op. cit.*, p. 122.

(29) *Op. cit.*, p. 123.

(30) *Op. cit.*, p. 124.

(31) *Eod. loc.*

(32) *Op. cit.*, p. 125. C'est d'ailleurs l'hypothèse citée p. 126, n° 1 de Req. 24 novembre 1924, S. 1925.1.217.

(33) *Op. cit.*, p. 126. Hypothèse du commerçant qui tient boutique sans indiquer ostensiblement ses prix, du patron qui demande des ouvriers, de l'hôtelier ou du restaurateur qui n'affiche pas ses tarifs.

en pollicité ? Ou bien au contraire une telle résistance, muette ou appuyée sur des motifs incorrects n'est-elle pas à même d'engager sa responsabilité ? Poser ces questions c'est se demander si le droit de se refuser à contracter est — ou non — susceptible d'abus » (34). Ayant ainsi posé le problème, Josserand réfute la thèse de Ripert pour qui l'abus du droit de ne pas contracter ne se conçoit rationnellement pas (35) et assure que, certes, le droit de se refuser à contracter est un droit respectable, mais qu'il faut tout de même tenir compte de l'objectif en vue duquel il est exercé. Et, bien sûr, c'est tout le problème des rapports des patrons et des ouvriers syndiqués à l'occasion de leur embauchage, où « l'abus réside ... non point dans le fait de refuser de traiter avec un ouvrier, un employé, un artiste parce que syndiqué, mais dans cette circonstance aggravante que le refus procède de considérations étrangères à des intérêts professionnels » (36).

En résumé, donc, « la liberté de ne pas contracter ne comporte... aucune limite lorsque la situation est entière...; elle est au contraire susceptible d'abus lorsqu'elle avait été précédemment entamée par une initiative...; l'abus est alors constitué, comme toujours, par le mobile illégitime, plus spécialement et plus sûrement par l'intention malveillante... Enfin, si des offres précises, personnelles ou impersonnelles, mais conditionnées ont été faites, leur retrait devient impossible du moment que quiconque s'en est emparé; le repentir de la part du pollicitant équivaudrait non seulement à un abus, mais à la violation d'un droit contractuel » (37).

—o—

La seconde étude importante sur le problème du refus de contracter a été faite par M. Ricot dans sa thèse, *Le Refus de Contracter* (38). Cet auteur, qui est celui qui a consacré à cette question les plus longs développements, part de l'idée que le refus de contracter est l'expression d'un droit, le droit de ne pas contracter. Or ce droit est une des faces de la liberté contractuelle (39) ; et de même que cette liberté est limitée par la loi (40), ou par la volonté (41), de même

(34) *Eod. loc.*

(35) Tout se ramenant pour Ripert soit à la violation d'un contrat, soit à une fraude commise envers les tiers.

(36) *Op. cit.*, p. 132.

(37) *Op. cit.*, p. 134.

(38) Ricot, « Le refus de contracter », Thèse, Paris 1929.

(39) L'autre étant la liberté qu'on a de s'engager.

(40) Théorie des incapacités, prohibition de contracter selon certaines modalités ou sur certains objets.

(41) Exemple du vendeur de fonds de commerce qui, s'interdisant de se réinstaller, s'interdit, par là même, de passer les contrats de son commerce.

le droit de ne pas contracter connaîtra des restrictions. La démarche de M. Ricot consiste donc à définir le droit de refuser de contracter et ses applications, pour en découvrir les limites.

Le premier problème qui se pose à l'analyste est de définir les conditions d'existence de ce droit. En fait, il n'y en a qu'une — négative — l'absence de droit contraire : elle résulte soit d'une abstention de la loi (42) ou de la volonté (43), soit de l'échec du droit contraire (44), soit de sa nullité (45). Lorsqu'il n'y a pas de droit contraire, le titulaire du droit de ne pas contracter en use d'un manière absolue, pouvant opposer aussi bien une inertie totale qu'une fin de non-recevoir expresse.

Mais il peut y avoir des restrictions à ce droit, qui sont volontaires, légales ou jurisprudentielles.

Les restrictions volontaires ont essentiellement pour origine un contrat ou plus simplement une offre (46). Le contrat pourra avoir été passé aussi bien avec le sollicitant qui se prévaudra de la limitation au droit de ne pas contracter (47), qu'avec une tierce personne : ainsi, l'Etat concédant, contraint-il son concessionnaire au moyen d'une stipulation pour autrui (48) à contracter avec qui se présentera. Quant à l'offre, il faut distinguer « l'offre faite, acte juridique, c'est-à-dire complète, de l'offre incomplète » (49).

Si nous sommes en présence d'une offre complète, une sous-distinction s'impose alors selon qu'elle a ou non été acceptée par le destinataire. Si celui-ci n'a pas encore accepté, le problème essentiel qui se pose est de savoir quelle est la force de l'offre pendant le temps où l'offrant se trouve obligé de la maintenir; M. Ricot conclut qu'il n'y a pas de « motif légitime autorisant le retrait d'une offre dans les limites du délai et des conditions fixées. Toute rétractation, dit-il,

(42) Lorsqu'elle ne force pas un individu à contracter.

(43) Lorsque l'intéressé ne s'est pas lié par une offre précise et complète.

(44) Le titulaire du droit de ne pas contracter y a renoncé en émettant une offre. Il crée ainsi un droit contraire. Mais cette offre ne parvient pas à son destinataire, ou celui-ci n'y a pas adhéré avant qu'elle soit devenue caduque ou encore l'acceptation n'est pas conforme à la teneur expresse ou tacite de l'offre : c'est ce que M. Ricot appelle l'échec du droit contraire.

(45) M. Ricot envisage deux hypothèses bien distinctes : d'une part, la nullité d'un avant-contrat par lequel le titulaire du droit de ne pas contracter avait perdu son droit, et d'autre part la nullité du contrat définitif conclu en exécution d'un avant-contrat.

(46) Elles peuvent aussi provenir, nous dit M. Ricot, *op. cit.*, p. 77, d'une acceptation d'hérédité. En effet, le « successeur universel ou à titre universel qui succède aux droits et obligations de son auteur... va être obligé par un acte purement volontaire qui est l'acceptation de la succession... si (le *de cujus*) s'est engagé par avant-contrat à contracter, constituer une hypothèque, ou vendre un immeuble, l'héritier doit servir l'engagement ».

(47) Tel est le cas de l'avant-contrat ou du contrat définitif valable.

(48) Ricot, *op. cit.*, p. 81.

(49) Ricot, *op. cit.*, p. 85.

entraîne responsabilité » (50). Mais si le destinataire n'a pas accepté l'offre, le problème se pose alors de savoir s'il y a concordance entre l'acceptation et l'offre, car celle-ci peut contenir des réserves, des difficultés surgissant lorsque les réserves sont tacites (51). Quoiqu'il en soit, « l'offre formelle, même contenant une réserve tacite, reste un acte juridique... Dès qu'il lui manque un élément indispensable, il n'y a plus acte juridique, ce n'est plus qu'une proposition de contracter » (52). Or une telle proposition n'a « aucun caractère juridique; ce n'est qu'une proposition sans engagement d'aucune sorte. La liberté contractuelle de l'offrant n'est donc pas atteinte : c'est la liberté du commerce et de l'industrie » (53).

Mais il n'y a pas que des restrictions volontaires au droit de ne pas contracter. « La loi peut aussi porter atteinte à la liberté contractuelle, c'est une tendance qui ne fera que se développer. De plus en plus soucieuse de protéger l'intérêt général, ou tout au moins l'intérêt de certaines catégories d'individus, elle est portée à s'attaquer à ceux qui, usant de tel ou tel de leurs droits, causent préjudice au public ou à certaines personnes » (54).

Ce serait une erreur, d'ailleurs, de croire que ces restrictions légales sont d'instauration récente. Il en est de traditionnelles : les unes dans l'intérêt des particuliers (55), les autres dans l'intérêt de l'Etat (56), d'autres enfin qui sont « indirectes » (57). Mais les restrictions légales les plus importantes du droit de ne pas contracter sont récentes. « La loi prend maintenant en considération l'intérêt des diverses catégories de citoyens; étant donné l'importance qu'ils détiennent, elle estime qu'elle se doit de les protéger contre les conséquences de la liberté contractuelle de certains particuliers. De cet état d'esprit est née récemment la loi sur la propriété commerciale, et naîtra bientôt la loi sur la propriété culturale; des lois imposent

(50) Ricot, *op. cit.*, p. 90. Sur la question du délai et du caractère révocable ou irrévocable de l'offre, p. 86 et s.

(51) Ricot, *op. cit.*, p. 90. Tel sera le cas de celles formulées par le directeur d'un établissement de spectacles à l'égard de sa clientèle, ou par un syndicat professionnel dans le recrutement de ses membres.

(52) *Op. cit.*, p. 94.

(53) *Op. cit.*, p. 96.

(54) Ricot, *op. cit.*, p. 97.

(55) Telles sont les dispositions des articles 561 (cession de mitoyenneté) et 682 (servitude de passage au cas d'enclave) du Code civil. Telle est aussi la relation s'instaurant entre l'avocat commis d'office et son client.

(56) Expropriation, réquisition, service militaire. D'ailleurs « peut-on, dans ces différentes hypothèses, déceler l'existence d'un contrat, et par suite, des cas où le droit de ne pas contracter se trouverait singulièrement restreint » (Ricot, *op. cit.*, p. 99). Notre auteur (*eod. loc.*) n'en est pas tellement sûr.

(57) Comme, par exemple, la situation faite à un boulanger, ou un boucher par la taxation de sa marchandise.

l'emploi des mutilés, et l'emploi des ouvriers syndiqués a failli être imposé aux patrons » (58).

Mais les restrictions les plus importantes, celles auxquelles M. Ricot apporte le plus d'attention, sont établies par la jurisprudence, guidée selon les cas, tantôt par l'intérêt général et tantôt par l'intérêt particulier.

M. Ricot a classé les premières sous deux rubriques : les restrictions à la liberté commerciale d'une part, les restrictions à la liberté des employeurs de l'autre.

Pour que la liberté commerciale soit restreinte, ou si l'on préfère, pour qu'un commerçant ou un industriel voit sa responsabilité mise en jeu pour avoir refusé de contracter, il faudrait deux conditions : qu'il y ait monopole et que le refus n'ait pas eu de motifs. Le juge aura en fait à rechercher les conditions d'existence du premier et à apprécier les seconds, car les uns comme les autres varieront selon les contrats. Et il est bien évident que « les motifs légitimes de refuser de contracter augmentent et se diversifient à mesure que l'on passe du contrat *intuitu materiae*, au contrat *intuitu personae* » (59). Il ne faut donc pas croire que la jurisprudence force les titulaires de monopoles « à contracter dans tous les cas, elle autorise un choix, mais s'arroge le droit de le surveiller » (60). Et M. Ricot tire, de la jurisprudence qu'il étudie, « une règle générale : tous les motifs reconnus légitimes ont pour justification la protection de l'intérêt du commerçant; c'est le plus souvent l'utilité même de la profession... » (61). Mais un tel motif n'exonèrera le commerçant que s'il peut en faire la preuve. En effet, ici, « le défendeur est présumé responsable, c'est à lui de prouver l'existence d'un motif légitimant le refus » (62) ; s'il ne le peut, son refus sera condamnable, car, le plus souvent, il sera dicté par la malveillance. La jurisprudence n'est pas gênée, d'ailleurs, pour fonder ses condamnations. Si nous sommes en présence d'un monopole de droit, en général le cahier des charges défend au concessionnaire de refuser de contracter. Si cette clause est omise, « la jurisprudence, se fondant sur la nature et le but de la concession, va interpréter la volonté du concédant, la supposer, et appuyer la condamnation du monopoleur sur cette obligation, non formulée par écrit, mais qui découle des faits » (63). Si nous sommes au contraire en présence d'un monopole de fait, la jurisprudence aura

(58) Ricot, *op. cit.*, p. 101. Rappelons que cet ouvrage a été écrit en 1929.
(59) Ricot, *op. cit.*, p. 114.
(60) *Eod. loc.*
(61) *Eod. loc.*
(62) *Eod. loc.*, avec renvoi en note à Josserand, « De l'esprit des droits », p. 121.
(63) *Op. cit.*, p. 116.

alors recours à la théorie de l'abus du droit. En effet, « l'usage d'un droit ne doit pas être absolu. La loi en protège l'exercice quand il est conforme à son but, mais si l'on en fait un usage dans un but anormal, entre autre celui de nuire, la loi ne doit pas se faire complice de cette mauvaise action. Le droit de ne pas contracter, expression de la liberté contractuelle, assure le développement de la personnalité juridique, et protège les intérêts de son titulaire; il ne doit pas servir à satisfaire la malveillance » (64).

C'est pour cette même raison que, selon M. Ricot, la jurisprudence a contrôlé les motifs des patrons de ne point procéder à l'embauchage de certains ouvriers. Mais ici, il ne s'agit plus d'une question de monopole et de préjudice matériel, il s'agit de savoir « si la liberté contractuelle doit céder devant les syndicats, si le droit de ne pas contracter peut, ou non, s'exercer à l'égard des syndiqués, si la qualité de syndiqué peut être invoquée par le patron comme un motif légitime de renvoi » (65).

Mais, nous l'avons dit, la jurisprudence limite aussi le droit de ne pas contracter dans un souci de protection des intérêts privés. Deux séries d'hypothèses lui ont permis de se manifester : la rupture des négociations et la rupture des fiançailles.

En matière de pourparlers, il faut considérer que des actes matériels ont pu être accomplis par l'un des négociateurs, et donc que la rupture par l'autre partie risque d'entraîner un préjudice. La jurisprudence sanctionne de telles attitudes. « Mais des conditions strictes sont indispensables; il faut que des négociations aient créé entre les partenaires sinon un état de droit, du moins un état de bonne foi qui impose à chacun une obligation morale; il faut que la rupture constitue une violation de cette obligation; il faut enfin que les dépenses engagées par la victime de cette rupture revêtent certains caractères » (66), essentiellement qu'elles soient la suite logique des négociations et qu'elles n'aient pas pour origine l'imprudence de leur auteur (67).

Quant à la rupture des fiançailles, le problème est, *mutatis mutandis*, le même. « Il faut, tout d'abord, qu'il y ait eu entre les parties des rapports de fiançailles, des promesses échangées; il faut en outre que la rupture soit injustifiée; il faut enfin que les dépenses engagées par la partie abandonnée revêtent certains caractères » (68), c'est-à-dire qu'elles soient la suite logique du projet de mariage (69)

(64) *Op. cit.*, p. 118.
(65) Ricot, *op. cit.*, p. 120.
(66) Ricot, *op. cit.*, p. 128.
(67) Cf. pp. 131 et 132.
(68) Ricot, *op. cit.*, p. 134.
(69) Cf. p. 141.

et qu'elles n'aient pas eu pour origine l'imprudence de leur auteur (70).

M. Ricot parfait alors son étude du refus de contracter en étudiant les effets des restrictions au droit de ne pas contracter. Pour lui, elles rendent responsable l'auteur du refus — ce qui l'astreint à payer des dommages-intérêts — sans jamais le contraindre à contracter. Quant à la réparation, elle sera complète — représentant le préjudice positif et négatif provoqué par le refus (71) — « quand l'obligation de contracter résulte soit d'un acte juridique volontaire, soit de la loi. En refusant de passer le contrat, le défaillant a réellement violé un droit et encourt soit la responsabilité contractuelle, soit la responsabilité délictuelle » (72). Par contre, « quand les restrictions sont d'ordre purement jurisprudentiel, la réparation est incomplète. La jurisprudence en effet est réduite à instituer une responsabilité d'occasion. Puisqu'il n'y a pas de contrat, ni d'offre, on ne peut parler de responsabilité contractuelle; l'obligation légale elle-même manquant, l'article 1382 ne peut s'appliquer. D'ailleurs, l'une et l'autre de ces responsabilités auraient pour conséquence d'entraîner à tort, pour celui qui se dérobe, la réparation du préjudice actuel et futur. La jurisprudence, par ses propres moyens, ne peut raisonnablement envisager une réparation excédant celle du préjudice positif » (73).

(70) Cf. pp. 135, 136.

(71) Parfois — avant-contrat, offre — la meilleure réparation sera de forcer le récalcitrant à s'exécuter.

(72) *Eod. loc.*

(73) *Op. cit.*, p. 164.

— II —

Telles sont donc les deux principales théories élaborées pour résoudre le problème posé par le refus de contracter, une fois reniés les dogmes de l'autonomie de la volonté et de l'individualisme.

Mais, une chose est l'évolution des idées, et une autre celle du droit positif. La première tâche de l'analyste consiste donc à rechercher si le problème du refus de contracter, qui ne semble pas s'être posé aux rédacteurs du Code civil, a été correctement envisagé.

Une chose est certaine tout d'abord : il est exagéré d'expliquer le droit, dans son ensemble, par un mécanisme contractuel. Même si la volonté est source de droit, elle est loin d'être la seule. Toute une série de matières — la famille, la propriété, les successions — trouvent leur réglementation dans la loi. Peut-on raisonnablement penser, d'ailleurs, que la force obligatoire du contrat existerait si la loi ne l'avait reconnue (74) ?

Il est certain aussi que la liberté des conventions présente des dangers, que tout ce qui est contractuel n'est pas juste et que le libéralisme économique n'est peut-être pas une bonne chose.

Mais ces critiques sont-elles des critiques de droit positif ? Ou bien s'adressent-elles, plutôt, à une certaine philosophie, à une certaine éthique, connues des rédacteurs du Code, peut-être même les leurs, mais qui ne sont pas obligatoirement celles de leur œuvre législative ? Or il est évident que ce n'est que vis-à-vis de celle-ci que l'on peut poser un problème de droit positif. C'est donc dans les termes de la théorie classique du contrat qu'il nous faut poser le problème du refus de contracter (75).

*
**

Deux notions sont essentielles dans la construction napoléonienne du contrat : d'une part, l'exigence du consentement de la partie qui

(74) « La volonté n'est pas autonome, elle tire sa valeur de la loi », MARTY et RAYNAUD, Droit civil, T. II, n° 38.

(75) Précisons dès maintenant un point : le refus de contracter envisagé dans cette étude est celui qui se manifeste indépendamment de toute obligation anté-

s'oblige, et d'autre part, le contrôle que le Code civil a prévu sur la liberté des conventions.

Il est certain, tout d'abord, qu'au premier rang des conditions essentielles à la validité d'une convention, nous trouvons le consentement de la partie qui s'oblige, et que : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a pas été donné librement, mais par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. »

« On pourrait, il est vrai, chercher... l'unité des articles 1109 et suivants, ailleurs que dans le consentement : dans la cause (cf. Capitant, *De la Cause*, n° 102 s.). L'erreur sur la personne ou sur la substance, telles que la conçoivent la doctrine et la jurisprudence dominantes — dont on peut apercevoir une confirmation dans la loi du 1er août 1905, article 1er, alinéa 3 — est au fond une erreur sur la qualité qui a été la cause du contrat (cf. Malaurie, D. 1957, 313). Le dol principal est celui qui a déterminé une erreur sur la cause (a 1116). La violence rend le contrat nul, parce que par elle, un contractant est amené à s'engager sans cause licite » (76). Mais, « on ne saurait pourtant aller très loin dans cette voie; sinon on arriverait à présumer le vice du consentement d'après la seule inégalité objective des prestations » (77).

On peut aussi admettre que l'annulation du contrat est la sanction d'un délit dont une des parties — la défenderesse au procès — se serait rendue coupable : « tromperie, extorsion, exploitation. Telle est la conception que l'on rencontrait en Droit romain, et en Droit canonique pour le dol et la violence, et qui convient du reste, beaucoup moins à l'erreur (à moins d'admettre qu'il y ait faute à tirer bénéfice de l'ignorance d'autrui) (78).

Mais le Code civil n'a absolument pas consacré la première théorie, et ce n'est qu'incidemment, par interférences, qu'il a reçu la seconde. En vérité, pour lui, la sanction de l'erreur du dol et de la violence est une exigence « de pureté dans le consentement » (79). De tels incidents sont en effet exclusifs « du libre arbitre en dehors

rieurement assumée par le refusant. Expliquons nous. Un individu accepte un legs, à charge pour lui d'acheter telle maison ; il prévoit, par convention, de vendre son fonds de commerce à son partenaire. S'il n'achète pas la maison, ou s'il ne vend pas son fonds de commerce, il n'est pas question du refus de contracter, ou si l'on préfère la sanction encourue n'est pas celle du refus de contracter. Dans un cas on parlera de caducité du legs, dans l'autre d'inexécution d'une convention.

(76) Carbonnier, T. II, n° 105.

(77) *Eod. loc.*

(78) *Eod. loc.*

(79) *Eod. loc.*

duquel on ne conçoit pas qu'un acte juridique puisse être valable » (80).

On pourrait s'arrêter ici, et faire remarquer que toute menace de sanction du refus de contracter est une contrainte qui vicie la volonté de celui que l'on force à contracter : il ne peut donc y avoir refus de contracter fautif puisqu'il ne peut y avoir de contrat obligatoire sous peine de voir annuler celui-ci au nom de « la pureté du consentement ». Mais on nous répondra que la violence doit être injuste (81) et que ce n'est pas une contrainte injuste que la menace d'une action en dommages-intérêts lorsque celle-ci a sa source dans la faute du sollicité dont le refus est abusif ou illicite. D'ailleurs, dans ce dernier cas, la menace vient de la loi; et qui soutiendra qu'une loi peut être injuste ?

Il est certain que « la contrainte légale dans la formation du rapport contractuel » (82) semble être devenue chose courante. Qu'elle se manifeste sous la forme d'une « obligation légale de contracter » (83) ou par la création d'un « rapport contractuel d'origine légale » (84), elle marque « l'abandon de la conception individualiste dans l'organisation des relations juridiques privées » (85). La liste des phénomènes groupés sous ces deux rubriques est impressionnante, mais la démonstration faite n'est, à la réflexion, pas tellement convaincante. En effet, certaines des institutions citées étaient connues du Code civil qui les reprenait parfois de l'ancien droit : tels la subrogation consentie par le débiteur de l'article 1250-2°, les ventes sur saisie, la cession de mitoyenneté, ou le désistement judiciaire. De deux choses l'une : ou bien il ne s'agit pas de contrat, mais purement et simplement de situations légales tant par leur origine que par leur régime, ou bien le Code civil connaissait deux contrats, un contrat obligatoire et un contrat laissé à la discrétion des parties. Or il semble difficile d'admettre cette deuxième solution, puisque chacun s'accorde à dire que le contrat du Code civil est entièrement construit autour de la notion du libre consentement : « l'alliance des

(80) JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », n° 90, à propos de la violence. Le texte complet est d'ailleurs le suivant : « Ainsi sur tous les problèmes que suscite la violence, nous arrivons — avec les textes, le raisonnement, la jurisprudence ou le droit comparé — aux solutions commandées par cette idée maîtresse que la contrainte doit infirmer l'acte à raison de la crainte injuste qu'elle implique, et du moment que cette crainte a joué un rôle déterminant, du moment que le contrat en a été la suite, et en négligeant toutes autres considérations. En d'autres termes, le mobile déterminant ne peut pas être la crainte — metus — inspirée par la violence, car c'est là un mobile exclusif du libre arbitre en dehors duquel on ne conçoit pas qu'un acte juridique puisse être valable. »

(81) Cf. la note précédente.

(82) Titre d'un article de P. Durand paru à la R.T.D.C., 1944, p. 33.

(83 et 84) Expressions de Paul Durand dans l'article précité.

(85) DURAND, *op. cit.*

deux termes de contrat forcé ou contrat imposé peut paraître contradictoire. Le contrat, en effet, est essentiellement la rencontre de deux volontés libres, on doit donc en principe être libre de ne pas contracter et le refus de contracter n'est pas une faute... » (86).

Mais si l'on ne peut pas croire à l'existence dans le Code civil d'un contrat forcé, et si le libéralisme est de principe, cela ne veut toute de même pas dire que l'anarchie doive régner. Il est certain d'abord que le Code prévoit et réglemente certaines situations. Et puis, s'il ne contraint pas le consentement pour parvenir à la formation d'un contrat, du moins contrôle-t-il l'usage que l'on fait du contrat, ce qui est une manière d'intervention.

Il suffit, pour s'en convaincre, de lire à la suite les articles 6, 1128, 1131 et 1134 : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »; puis « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet de convention »; puis encore, « l'obligation... sur une cause *illicite* ne peut avoir aucun effet »; et enfin, « les *conventions légalement* formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

On l'a écrit : « Les mots "légalement formés" évoquent pour un publiciste les fameux "règlements légalement faits" de l'article 471-15° du Code pénal. De même qu'il y a une exception d'illégalité qui limite singulièrement l'arbitraire, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, de même l'article 1134 est la base d'une sorte d'exception d'illégalité qui limite tout autant l'autonomie de la volonté des contractants » (87).

Interdire certains actes, canaliser des énergies, règlementer l'emploi de certaines techniques, c'est incontestablement diriger. Mais l'important, croyons-nous, c'est que, pour le Code civil, la direction du contrat ne peut être faite que de façon négative. Ce n'est pas faire une exégèse étroite que de remarquer que le Code prévoit bien l'annulation de « conventions » illégales, mais qu'il n'emploie pas le mot contrat lorsqu'il contraint. C'est que, pour le Code civil, incontestablement, là où il y a contrainte il n'y a pas contrat (88). Ce qui revient à dire, si l'on préfère, que dans le régime du Code civil, si le libre consentement n'est pas une condition suffisante du contrat, du moins en est-il une condition nécessaire.

(86) Marty et Raynaud, T. II, n° 118.

(87) Waline, *op. cit.*, n° 96.

(88) On peut objecter que l'annulation du contrat efface complètement celui-ci : un contrat nul est un contrat qui n'existe pas puisque la nullité est rétroactive. En fait une chose est le contrat dépourvu de sanction, comme le contrat nul (mais quelle est la sanction de l'obligation naturelle ?) et autre chose l'existence de la convention. La sanction est-elle de l'essence du droit ? Voilà qui resterait à démontrer...

La notion d'obligation de contracter, que cette obligation soit légale ou non, est donc incompatible avec la construction fondamentale élaborée par le Code civil (89).

Mais, objectera-t-on, 1804 était une année heureuse, sans complication économique; c'était la période du « laissez faire, laissez passer »; depuis, nous avons connu l'économie dirigée; peut-être celle-ci a-t-elle fait naître de nouvelles formes de contrats ? Ici, une comparaison s'impose, car pour bien saisir l'importance de la direction de l'économie sur le contrat, et plus spécialement sur sa formation, il faut, croyons-nous, rechercher des enseignements dans un système qui a poussé jusqu'à l'extrême la direction économique : le système soviétique (90).

*
**

Lorsqu'on approche le droit soviétique, il ne faut jamais perdre de vue trois idées :

La première est que la théorie socialiste envisage le droit comme un moyen non comme un fin (91). Ce droit est un « nouveau droit, le droit socialiste. Ce dernier exprime dans les lois, de par sa nature même, la volonté de la classe ouvrière et de l'ensemble des travailleurs, volonté liée aux conditions matérielles de la société soviétique » (92).

La deuxième idée est que « le système du droit socialiste ne connaît pas la distinction entre droit public et droit privé, caractéristique

(89) L'hypothèse précédemment évoquée (cf. *supra*, note 7) du legs à charge de passer un contrat échappe à cette critique grâce à l'acceptation donnée par le légataire.

(90) Ici, deux remarques s'imposent : 1° Certains objecteront que l'on ne peut parler de « droit » en Union Soviétique. Renvoyons sur ce point à l'ouvrage de M. David et M. Hazard, « Le droit soviétique », T. I, par R. David, « Les données fondamentales du droit soviétique », p. 180. M. David nous dit que « cette affirmation » n'est ni entièrement vraie, ni entièrement fausse », mais il souligne que ce qui rend peu tolérants les juristes « occidentaux » c'est que le système juridique soviétique est « un droit détaché du système occidental et dont l'hérésie est pour nous pleine de menace » ; cf. aussi J. Bellon, « Le droit soviétique », coll. « Que Sais-je ? ». 2° Nous ne raisonnons que sur le droit de l'U.R.S.S. à la fois parce qu'il est un archétype et parce qu'il s'agit du mieux connu des systèmes juridiques socialistes. Mais le raisonnement ne serait pas différent s'il avait pour base le droit d'un autre pays socialiste. Pour s'en convaincre : « Les contrats économiques dans le droit de la République socialiste de Roumanie », par T. Ionasco et E.A. Barasch *in* Rev. Int. de Dr. Comp., 1965, p. 886, cf. aussi J.-P. Le Gall compte rendu de « Teoria generala a contractelor economice », par T. Ionasco et E.A. Barasch *in* Rev. Int. de Dr. Comp., 1965, p. 529.

(91) D'où l'objection que ce n'est pas un droit...

(92) P. Romachkine, « Le droit soviétique et l'Etat à l'étape actuelle », *in* « Principes du droit soviétique », p. 18, ouvrage collectif sous la direction du Professeur P. Romachkine, traduit par L. Piatigorski, publication de l'Académie des Sciences de l'U.R.S.S.

du système juridique des états bourgeois. Et cela parce qu'au pays des Soviets les instruments et moyens de production appartiennent à la société entière, non à des particuliers » (93).

La troisième idée, enfin, est qu'il existe deux secteurs économiques d'activité, d'importance très inégale d'ailleurs, le secteur socialiste et le secteur privé (94). Or « l'économie socialiste nationale est administrée en U.R.S.S. de façon planifiée par l'Etat et les coopératives, alors que la propriété individuelle sert uniquement à satisfaire les besoins des citoyens sur le plan de la consommation » (95).

C'est au secteur socialiste que nous accorderons notre attention.

On sait que, si les moyens de production font l'objet de l'appropriation collective, cela ne veut pas dire qu'ils soient placés en régie directe. D'une part, il existe des coopératives qui ne sont pas des entreprises d'Etat. D'autre part, si les entreprises d'Etat furent, un temps, l'objet de l'exploitation directe, elles sont, maintenant (96), régies par ce que nous appellerions des établissements publics et que l'on appelle en U.R.S.S. des trusts (97). Mais ce n'est pas parce que nous ne sommes pas en présence de régie directe qu'il faut conclure à une totale indépendance de ces organismes : les coopératives et les trusts ont une compétence restreinte au type spécial d'activité requis pour exécuter une partie donnée du plan économique national.

Or, quelle est l'importance juridique du Plan, et comment se présente-t-il ?

Il est institué par une loi qui fixe des objectifs généraux à atteindre et qui est le document essentiel. « Mais ce document ne prend une valeur réelle et la planification qu'il commande ne devient possible que du fait d'une série d'actes qui doivent intervenir, en application des données de la loi, pour préciser la part que chaque république socialiste soviétique, chaque administration, chaque usine et chaque exploitation devront prendre à l'exécution du Plan » (98). Ce travail d'adaptation fait, trois sortes de possibilités s'ouvrent alors.

Il se peut tout d'abord que l'acte d'autorité mettant en œuvre le Plan, mette à la charge des organismes intéressés des obligations auxquelles le droit soviétique reconnaît « le caractère d'obligations du

(93) *Ibid.*

(94) On sait que la N.E.P. avait reconnu, en matière de production un double secteur : les entreprises socialistes devaient concurrencer le secteur privé, mais celui-ci a été « dévoré » par le secteur socialiste, et l'appropriation privée n'existe plus que pour les biens de consommation.

(95) Romachkine, *op.* et *loc. cit.*

(96) Depuis un décret du 10 avril 1923.

(97) Ces trusts sont responsables d'un certain capital et ont des pouvoirs strictement délimités par la Charte qui les constitue. Cf. J.-N. Hazard, « Le droit et l'évolution de la Société en U.R.S.S. », pp. 54-55, T. II du « Droit soviétique », précité.

(98) R. David, *op. cit.*, p. 190.

droit civil et d'obligations contractuelles » (99), sans néanmoins que lesdits organismes aient, de quelque façon que ce soit, manifesté leur volonté.

Il se peut, ensuite, qu'une manifestation de volonté soit nécessaire, mais ce sera une simple déclaration unilatérale de volonté, qui « suffira à obliger un organisme à livrer des produits à celui qui l'a faite, tandis que le déclarant se trouvera, de son côté, obligé à recevoir ces produits et à les payer » (100). Il faut noter, d'une part, que « l'émission de la déclaration de volonté unilatérale... est obligatoire pour celui à qui il appartient de la faire, l'exécution du plan nécessitant l'opération juridique qu'elle va déclencher » (101), et d'autre part, que l'acheteur n'a pas le choix, c'est un organisme unique, monopoleur, qui est vendeur.

Enfin, « dans le cas le plus normal, qui peut être regardé comme la règle, on considère que l'acte de planification intervenu crée, à la charge des intéressés, une obligation de conclure entre eux une convention » (102). Ce sont les principes du Code civil qui s'appliquent à ces contrats (103) : nécessité de l'écrit, annulation lorsqu'ils sont viciés par le dol, ou la violence, ou lorsque, de façon claire, ils sont contraires à l'intérêt de l'Etat. Mais, « en plus du Code civil, une loi, renouvelée tous les ans, établit des règles spéciales concernant les contrats qui, dans l'année à venir, doivent être passés entre les établissements publics. Cette loi fixe, en particulier, la date à laquelle tous ces contrats doivent avoir été conclus et elle établit les dispositions que l'on devra trouver dans les contrats... » (104). Deux problèmes se posent alors à l'observateur étranger : d'une part quel est l'intérêt de tels contrats, d'autre part peut-on vraiment parler de contrats... ?

Il est simple de répondre à la première question (105) : « Le contrat est le meilleur moyen d'observer le plan et de respecter le principe de l'autonomie financière des entreprises » (106). En effet, le

(99) David, *op. cit.*, p. 197.

(100) David, *op. cit.*, p. 195.

(101) *Eod. loc.*

(102) David, *op. cit.*, p. 193.

(103) Cf. J.-N. Hazard, *op. cit.*, p. 59 et s. Lorsque M. Hazard écrivit son ouvrage, le Code civil en vigueur était celui de 1922. Depuis, l'U.R.S.S. a été dotée d'une sorte de loi cadre : « Les principes de la législation civile soviétique », mais le Code de 1922 n'a pas encore été remplacé. Mais les principes nouveaux ne semblent guère différents des règles anciennes, cf. ouvrages précités de M. Bellon et de M. Romachkine.

(104) *Eod. loc.*

(105) Cf. David, *op. cit.*, p. 193. Bellon, *op. cit.*, p. 50. Eliachevitch, « Le droit contractuel dans le système soviétique », R.T.D.C. 1938.403.

(106) Molotov cité par Eliachevitch, *op. cit.*, et par David, *op. cit.*, p. 193.

contrat est « le chaînon indispensable » (107), entre l'obligation d'agir faite par le plan et la recherche d'une saine gestion. Les dirigeants des entreprises, ayant une certaine latitude pour choisir — dans le cadre des tâches assignées par le plan — leurs cocontractants, c'est en définitive de ce choix que dépendra le meilleur rendement. Cela permet tout d'abord une meilleure appréciation comptable. Mais cela permet aussi de développer chez les dirigeants et les membres de chacune des entreprises le sens de la responsabilité, et entre elles une loyale émulation socialiste. Il faut en effet que « chacun se sente obligé par un engagement qu'il a pris personnellement et que le respect de soi-même et de la parole donnée s'ajoute au sentiment de loyauté envers la société et de dévouement à la chose publique pour encourager chacun à faire le maximum d'efforts en vue d'accomplir la part qui lui incombe dans l'exécution du plan économique de la nation » (108). Nous ne sommes donc plus, comme en économie libérale, en présence d'un moyen d'échanges économiques « puisque l'obligation existait ... avant même la conclusion du contrat », mais en présence d'un instrument psychologique et comptable.

Peut-on soutenir alors, que les conventions passées entre les établissements publics en exécution du plan sont des contrats ? Les juristes soviétiques en ont discuté (109) faisant valoir que l'un des éléments du contrat — être une convention librement conclue entre les parties — fait défaut dans ces accords conclus pour exécuter un plan économique national obligatoire pour tous. Ce point de vue a été rejeté. Outre que la convention constitue un élément essentiel pour encourager l'esprit d'initiative des directeurs d'entreprise, et qu'elle permet des prévisions que le plan de base n'a pas faites, « le fait que les rapports personnels entre individus soient soumis au plan dans l'intérêt de la société... ne diminue pas la liberté des individus. Au contraire... le contrat soumis au plan augmente la liberté parce qu'il contribue à réaliser l'abondance » (110). Mais si telle est l'opinion soviétique, telle ne peut être la conclusion d'un juriste formé à nos disciplines. Pour M. R. David, « le contrat du Droit soviétique, et de l'économie planifiée, ainsi considéré, n'a, peut-on dire, rien à voir avec le contrat de notre conception classique » (111). M. Bellon (112) insiste sur le fait que tout se passe « comme si derrière la volonté des parties et préexistant à elles, les mesures d'ordre économique conçues dans l'intérêt du pays et érigées en loi « téléguí-

(107) Eliachevitch, *op. cit.*
(108) David, *op. cit.*, p. 191.
(109) Cf. J.-N. Hazard, *op. cit.*, p. 58.
(110) J.-N. Hazard, *op. cit.*, p. 59.
(111) *Op. cit.*, p. 192.
(112) *Op. cit.*, p. 50.

daient » cette volonté... » Quant à M. Hazard, il fait remarquer (113) que « pour présenter des arguments de doctrine à l'appui de leurs institutions juridiques nouvelles », les juristes soviétiques emploient « des mots connus en leur donnant un sens nouveau ».

*
**

C'est exactement l'impression que nous avons lorsque nous voyons les efforts faits pour habiller de vêtements anciens des techniques nouvelles issues du dirigisme économique : pourquoi parler « d'obligations légales de contracter » alors que, nous venons de le voir, au regard des juristes occidentaux, des situations analogues ne peuvent être qualifiées de « contrat » ?

Quelle est donc la nature de ces procédés qui ne sont pas des contrats, et qui pourtant amènent des modifications à des états préexistants ? Comment qualifier la cession forcée de mitoyenneté, ou l'assurance obligatoire (114) ou l'affiliation à la Sécurité sociale ? Peu importe en vérité. Mais ce qui est certain, c'est qu'il ne s'agit pas de contrats au sens de notre droit positif.

En définitive, il semble qu'il y ait deux manières de modifier une situation juridique, et que leurs domaines respectifs soient conditionnés par la place laissée à la libre initiative individuelle. La première manière est celle du Code civil. C'est, dans un droit qui se veut une fin, le contrat libre instrument d'échanges économiques. C'est la technique libérale. Elle ignore la contrainte, elle ne connaît pas de refus fautif de contracter. La seconde manière a été portée à son plus haut degré de perfectionnement par l'économie planifiée. C'est, dans un droit qui s'avoue un moyen, le contrat symbole de l'obligation assumée. Elle est contrainte par elle-même. Et, pour le Code civil, elle n'est pas contrat. Elle ne peut donc connaître le refus de *contracter* (115).

C'est en considérant ces deux notions, mais en donnant sans cesse à la première la prééminence puisqu'elle est le droit positif du système français, que nous étudierons le problème du refus de contracter et démontrerons que les solutions jurisprudentielles présentées comme des sanctions de « refus de contracter » procèdent d'autres raisons.

(113) *Op. cit.*, p. 59.

(114) Et on sait combien les cas nombreux, cf. *infra*, p. 114, note 98.

(115) Sur les rapports entre le Plan français et le Droit, voir MERCADAL, « Le IV[e] Plan et le Droit commercial », Rev. Trim. Dr. Com., 1964.499.

Notre étude comportera deux parties : la première partie sera consacrée au refus de contracter dans des hypothèses d'intervention étatique; la seconde partie, au refus de contracter dans un système purement libéral (116).

(116) Certains pensent que l'intervention suit la liberté. Ils feront donc remarquer qu'il eût été plus logique de procéder selon un plan absolument inversé, en étudiant d'abord le refus de contracter en régime libéral, et, ensuite, le refus de contracter en présence d'interventions étatiques. Outre que cette remarque repose sur un postulat bien discuté, elle est fausse : l'histoire de notre problème montre bien qu'il s'est d'abord posé à propos d'hypothèses interventionnistes et que ce n'est qu'à partir de cette base qu'il a été étendu à l'hypothèse libérale.

PREMIERE PARTIE

REFUS DE CONTRACTER ET INTERVENTIONNISME

Si les rapports juridiques ne font pas, en France, l'objet d'une direction aussi totale que dans les pays socialistes, cela ne veut pas dire, nous l'avons vu, qu'ils soient laissés à l'entière discrétion des parties.

Lorsque le législateur trouve bon d'intervenir, son intervention suscite des réactions dont la forme varie, mais qui se présentent souvent comme un refus de se plier aux injonctions du législateur. Aussi, lorsqu'une activité s'exerce par le biais du contrat, le refus d'accepter l'ordre du législateur se présentera-t-il souvent comme un refus de contracter, manifestation de la liberté que le législateur a restreint en dirigeant l'activité qu'elle dominait.

Il faut alors faire une double remarque qui déterminera l'ordre de nos recherches. Il est tout d'abord classique, en France, de séparer l'activité commerciale de toutes les autres activités professionnelles. Ensuite, en notre matière, la réglementation de l'activité commerciale se fait avec le soutien de la loi pénale. Nous serons donc conduit à étudier de façon indépendante le refus de contracter lorsqu'il se présente comme une manifestation de la liberté commerciale dans ses rapports avec la loi pénale (Titre II).

Auparavant, nous aurons étudié le refus de contracter comme manifestation de la liberté professionnelle (Titre Premier).

TITRE PREMIER

LE REFUS DE CONTRACTER, MANIFESTATION DE LA LIBERTE PROFESSIONNELLE

Il y a deux manières de protéger sa liberté professionnelle : on peut d'abord effectuer une sélection parmi ses éventuels clients, on peut aussi trier ses collaborateurs. La loi pénale s'en mêle parfois; nous y reviendrons. Mais des textes moins sévères régissent aussi cet aspect de notre problème. C'est à leurs conséquences que nous consacrerons chacun des deux chapitres de ce Titre :

CHAPITRE PREMIER : *Les activités contrôlées et le refus de contracter.*

CHAPITRE II : *Le droit du travail et le refus de contracter.*

CHAPITRE PREMIER

Les activités contrôlées et le refus de contracter.

L'un des arguments fondamentaux en faveur de l'existence d'un refus fautif de contracter est que la jurisprudence a condamné le refus de contracter dans certaines hypothèses où le sollicité tiendrait son existence de la puissance publique, ou tout au moins exercerait une activité d'intérêt public. Dans la première catégorie, il faudrait placer ce que l'on a appelé les monopoles de droit : il s'agit d'entreprises ou de personnes exerçant une certaine activité dont le monopole leur a été octroyé par une décision étatique. Dans la seconde catégorie, nous trouvons certaines professions libérales qui ont « un lien de parenté avec la fonction publique » (1). Nous étudierons chacune de ces catégories successivement, en notant toutefois que nous détacherons de la première les officiers ministériels, pour étudier leur cas dans la seconde section en même temps que d'autres professions libérales (2).

(1) L'expression est de M. Jean Savatier dans son ouvrage sur « La profession libérale », p. 301.

(2) Sur le classement des Officiers Ministériels parmi les professions libérales voir J. Savatier, *op. cit.*, p. 48.

Section I

LES MONOPOLES DE DROIT

A dire vrai, les auteurs ne sont pas d'accord sur le caractère des refus opposés par ces « monopoles de droit » : pour les uns, le refus de contracter est illicite (3) ; pour les autres, c'est un acte abusif (4). En fait, la jurisprudence qu'ils citent est assez contradictoire, et le mieux peut-être, avant de juger, est de l'examiner.

§ 1. — La jurisprudence concernant le monopole de droit

Deux décisions constituent l'armature de la construction : l'une rendue en matière de transport (5), l'autre concernant les casinos (6).

Dans la première espèce, un commissionnaire limougeaud avait à faire parvenir un lot de colis à un destinataire messin. Il les confia à la Compagnie des Chemins de Fer d'Orléans, qui devait à son tour les confier à la Compagnie des Chemins de Fer de l'Est pour acheminement à destination. Celle-ci refusa de s'en charger car, dit-elle à ses juges, la lettre de voiture applicable aux colis était sous enveloppe cachetée : il lui était donc impossible de connaître les conditions sous lesquelles le transport lui était imposé, ce qui l'exposait à exécuter à ses risques et périls un mandat dont les termes lui étaient celés. La Cour suprême rejeta cette argumentation. Il était en effet établi, tant en fait qu'en droit, que la Compagnie devait ouvrir l'enveloppe cachetée qui lui était adressée : elle aurait ainsi vérifié si les conditions que renfermait cette lettre de voiture lui permettaient d'exécuter en pleine sécurité pour ses intérêts la commission de transport qui lui était donnée... En ne le faisant point, la Compagnie s'était trouvée en faute, car, dit la Cour : « Les compagnies de chemin de fer, qui n'exercent le privilège que la loi leur a accordé que sous condition d'opérer le transport des marchandises et des voyageurs dans les termes de leur tarif, ne peuvent, sans motif légitime, se refuser à exécuter le mandat de transport qui leur est donné. »

La seconde espèce est plus compliquée. Un certain Denis Bottone s'était présenté un soir de novembre 1891 au Casino municipal

(3) Josserand, « De l'esprit des droits », n° 88.
(4) Roubier, « La responsabilité précontractuelle », p. 125.
(5) Cass. 21 avril 1857, S. 1858.176.
(6) Denis Bottone : Trib. com. de Nice, 2 janvier 1894, cour d'appel d'Aix, 16 avril 1894, Cass. 19 février 1896, D. 1896.449, avec une note.

de Nice; bien qu'il fut muni d'un billet dont il avait payé le prix au guichet, on lui refusa l'entrée de l'établissement. Il assigna alors la société concessionnaire du Casino municipal de Nice qui objecta, d'une part, que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie permettait au directeur de ne recevoir que les personnes qu'il lui convient d'accepter et, d'autre part, que le sieur Bottone, ayant fait l'objet d'une révocation comme artiste-musicien du Casino, était indésirable.

Le Tribunal de Commerce de Nice, qui eut le premier à connaître de l'affaire, reçut la demande de Bottone, sans toutefois lui allouer d'indemnité, car « il n'avait éprouvé aucun préjudice ». L'argugumentation ne manque pas d'intérêt et vaut qu'on s'y arrête.

Il commença par admettre que l'argument du concessionnaire du Casino touchant au principe de la liberté du commerce et de l'industrie était sérieux et accorda même que le contrôle du directeur de Casino est souverain. Mais, dit-il, ce principe n'est pas absolu : « il a pour limite certaines nécessités d'ordre public et ne peut être invoqué par des industries privilégiées exerçant un monopole. » Or, c'est ici le cas : le Casino a été instauré en vertu d'un contrat de concession. Cela lui confère un caractère d'intérêt général qui est confirmé par les obligations pesant sur le concessionnaire ainsi que par la subvention qu'il reçoit. Certes, le concessionnaire a « le droit et le devoir de ne pas laisser porter atteinte à la sécurité, à la considération de l'établissement, en empêchant l'introduction des personnes dont la présence serait de nature à troubler les rapports journaliers et intimes des habitués qui sont l'essence des salons et des casinos ». Mais on ne justifiait d'aucun grief de cette sorte à l'encontre de Bottone.

Sur appel du Casino, la Cour d'Aix rendit un arrêt confirmatif dont le « chapeau » est très éloquent (7) et refusa de reconnaître aux appelants la possibilité d'interdire sans contrôle l'accès du Casino à qui bon leur semblait. Certes, ils avaient un pouvoir de police, mais ils ne pouvaient s'en servir pour expulser du seul établissement de ce genre existant à Nice, une personne à qui ils n'avaient rien à reprocher sinon d'être en butte à leur rancune. Et la Cour regretta que Bottone n'ait pas dans ses conclusions d'appel repris sa demande en indemnité.

On conçoit aisément que le concessionnaire n'ait pas apprécié cette décision, et il se pourvut. Mais il ne devait pas être plus heureux. La Cour de cassation posa en effet le principe que « le concessionnaire d'un casino créé dans l'intérêt général avec subvention, par

(7) « Considérant que l'exercice d'un droit a pour limite naturelle l'abus que l'on peut en faire et la nécessité de réparer le préjudice corrélatif de cet abus. »

une ville qui s'interdit de fonder des établissements analogues, n'a pas le droit d'en défendre l'entrée à qui bon lui semble ». Elle en déduisit le bien-fondé de l'arrêt d'Aix.

§ 2. — La discussion.

Comment doit-on apprécier maintenant les deux décisions auxquelles s'attachent les auteurs quand ils soutiennent que la jurisprudence s'est fondée sur la notion de monopole pour condamner le refus de contracter ?

Il faut, croyons-nous, partir, non de l'idée de monopole, mais de celle que nous sommes en présence d'un service public concédé. Le monopole est une notion économique bien plus que juridique : il est certain qu'un monopoleur est en position de force par rapport à celui qui vient le solliciter...; mais il est bien certain aussi que, lorsqu'on parle de « monopole de droit », on sait que cette notion est la conséquence de l'existence d'un service public. Nous considérerons donc que le fait que l'entreprise soit monopolistique est, pour le juriste, une « superstructure » et nous nous attacherons bien plus à la notion de service public (8).

Une première attitude possible consiste à nier le caractère contractuel des rapports qui unissent l'usager au service public : c'est l'attitude adoptée par Jèze (9) et par Duguit (10).

Jèze développe trois séries d'arguments. Il souligne tout d'abord que la libre volonté de contracter n'existe ni chez l'usager, ni chez l'exploitant du service public, D'une part, en effet, l'usager ne peut faire autrement que d'accepter les conditions émises par son futur partenaire et celui-ci est obligé d'exécuter le service en faveur de

(8) Cf. Salle de la Marnière, « Evolution technique du contrat », Thèse, Paris 1930, p. 51, « Ce que l'on nomme monopole de droit n'est en réalité que le service public concédé par la puissance publique à une entreprise privée, et les anomalies du fonctionnement d'une telle entreprise s'expliquent par cette intervention étatique, qui la fait sur plusieurs points sortir du pur droit privé. Et dès que l'on sort de ce cas bien précis... la notion de monopole perd toute précision ». Cf. aussi Colliard, « Libertés publiques », n° 475 : « Etablis pour des raisons qui peuvent être diverses... les monopoles aboutissent à réserver à l'activité des administrations certaines industries et certains commerces... L'existence d'un secteur monopolisé limite le cadre du principe de la liberté. Mais il ne faut pas confondre nécessairement secteur monopolisé et entreprises nationalisées. Il y a des entreprises nationalisées qui ne bénéficient pas d'un monopole : par exemple la Régie Renault. Ailleurs on peut rencontrer coexistence de la nationalisation et du monopole : ainsi en matière d'électricité pour la distribution et le transport et pour certaines centrales de productions. » Voir aussi même ouvrage, n° 479.

(9) « Principes généraux du Droit administratif. »

(10) « Situations des particuliers à l'égard des services publics », R.D.P. 1907, p. 411. « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », *in* Mélanges Hauriou.

tous ceux qui acceptent de se soumettre aux conditions permettant d'y avoir droit; d'autre part, pas plus l'usager que l'exploitant ne peuvent débattre les conditions et les prix de l'opération, puisque aussi bien le second que les premiers sont fixés par la loi. Puis, Jèze expose que lorsqu'un individu manifeste sa volonté unilatérale de bénéficier du fonctionnement du service public, les agents publics ne font que s'acquitter d'un devoir de leur charge en faisant fonctionner le service dans des conditions fixées par les lois et règlements. Enfin, il termine sa démonstration en disant que nul n'oserait soutenir que le plaideur est vis-à-vis du juge dans une situation contractuelle, et qu'il convient de généraliser à l'ensemble des services publics le raisonnement fait pour le service de la justice.

La démarche de Duguit est légèrement différente. Il part de l'idée que le service public est la mise en œuvre d'une mission juridiquement obligatoire pour les gouvernants. Du moment qu'elle leur est imposée par la règle de droit, leurs actes positifs créant et organisant un service public sont, selon la terminologie duguiste, des lois au sens matériel. Tout particulier peut donc user du service public en se conformant aux dispositions légales qui le créent et l'organisent : s'il manifeste une volonté juridique dont l'objet et le but sont conformes à la loi du service, il fait naître à son profit une certaine situation juridique. En conséquence, tout acte ou toute abstention qui entraîne un fonctionnement irrégulier du service public, est une violation de la loi organique du service : suivant les cas ou la nature de l'acte, le particulier peut provoquer une répression, obtenir une réparation, faire prononcer une annulation conformément aux règles de procédure suivies à l'époque et dans les pays considérés (11).

Ainsi déterminée la situation générale des particuliers à l'égard du service public, Duguit examine la situation du particulier qui use du service public concédé. La situation n'est guère différente du service en régie : « au regard des particuliers qui usent ou veulent user du service public, il n'y a, il ne peut y avoir, qu'une loi de service public sous la protection de laquelle ils se trouvent placés et dans les limites de laquelle ils peuvent user du service public » (12). L'hypothèse du raisonnement est la suivante : un particulier est entré en relation juridique avec un concessionnaire (voyageur qui a pris son ticket sur une ligne de chemin de fer communal ou de tramway) et le concessionnaire ne remplit pas les obligations que lui impose l'acte de concession. Quel est donc le moyen à la disposition de l'usager ?

(11) Cf. Duguit, *op. cit.*, p. 421.
(12) Cf. Duguit, *op. cit.*, p. 426.

Ici, il nous faut citer Duguit : « Prévoyant cette hypothèse, dit-il, M. Romieu (13) écrit : " le premier moyen juridique dont l'usager ou le consommateur puisse user est le recours contre l'exploitant devant l'autorité judiciaire pour *inexécution du contrat individuel* (14) qui se forme à l'occasion de chaque prestation demandée et non fournie. L'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur ces rapports contractuels et pour faire application des actes qui le régissent." La solution en effet ne peut faire doute. La jurisprudence est constante » (15). Pourtant elle ne satisfait pas Duguit qui n'est pas tellement sûr qu'il y ait un contrat entre l'usager et le concessionnaire (16). Dans la conception juridique venue du Droit romain et passée dans le Code civil par l'intermédiaire de Dumoulin et de Pothier, le contrat implique un acte volontaire libre et conscient de la part de chaque contractant. Ce qui signifie non seulement que les deux contractants doivent vouloir en pleine liberté, mais encore que chaque partie doit être entièrement libre de faire ou non le contrat. Si elle le fait, c'est parce qu'elle le veut bien : elle pourrait parfaitement ne pas le faire. En un mot, la liberté des parties est le principe essentiel du régime contractuel. Or ce principe on ne le retrouve pas dans les rapports des particuliers et du concessionnaire. Si l'on veut user du service public considéré et que l'on s'engage à remplir les obligations fixées à l'acte de concession (dont le payement du prix déterminé au tarif), le concessionnaire ne peut donc refuser de prester le service. Il n'y a donc pas contrat; le rapport naissant entre le particulier et le concessionnaire s'explique « très facilement si l'on voit dans l'acte de concession une véritable loi ». Et Duguit d'expliquer : « Tout acte unilatéral de volonté produit un effet de droit quand il émane d'une volonté capable et qu'il a un objet et un but conforme à la loi » (17). La détermination du particulier d'user du service et sa manifestation de volonté font donc que, s'il ne peut y avoir un contrat entre le particulier et le concessionnaire, du moins naît-il entre eux un rapport de droit « parce qu'il y a chez le particulier un acte unilatéral de volonté conforme à la loi du ser-

(13) Dans ses conclusions dans l'affaire « Syndicat des Propriétaires et Contribuables du Quartier Croix Seguey-Tivoli », C.E. 21 décembre 1906, S. 1907.333, note Hauriou, D. 1907.3.41, concl. Romieu. C'est à la suite de cet arrêt que Duguit publia son article à la R.D.P. 1907.

(14) C'est nous qui soulignons.

(15) *Op. cit.*

(16) Le but de Duguit est d'user de sa démonstration que les rapports « usager-concessionnaire » ne sont pas d'ordre contractuel, pour étayer son affirmation que l'acte de concession n'est pas à l'égard des particuliers un contrat mais un acte législatif au sens matériel.

(17) *Op. cit.*

vice » (18). Donc, pour Duguit, le rapport entre le concessionnaire et le particulier est réglé « non par l'acte intervenu, mais par un acte antérieur, l'acte de concession, auquel le particulier est complètement étranger ». S'il naît un litige entre l'usager et le concessionnaire, le tribunal appliquera non un prétendu contrat qui les lierait, mais bien l'acte de concession; il l'appliquera « comme il applique les dispositions du Code civil ou du Code du Commerce à défaut de convention des parties, il l'appliquera comme il applique la loi, loi ici singulièrement impérative puisque les parties ne peuvent point y déroger ». Ceci étant posé, Duguit étudie alors la situation du particulier qui ne peut pas user du service public concédé. Deux cas peuvent se présenter... Ou bien « le particulier n'use pas du service public parce que le concessionnaire s'y oppose, bien que le particulier se déclare prêt à fournir les prestations prévues à l'acte de concession » (19); ou bien alors le concessionnaire n'a pas organisé le service dans les conditions prévues au cahier des charges (20). Dans chacune de ces hypothèses l'usager aura à sa disposition les voies de droit ouvertes à tout intéressé quand il y a violation de la loi. Et Duguit conclut en citant l'opinion conforme d'Hauriou : « Vis-à-vis du public, un service public concédé ou non n'est qu'une institution légale ou réglementaire et ne crée que du statut réel » (21); il ne peut y avoir contrat que dans les rapports du concédant et du concessionnaire.

Nous pourrions en rester là de notre démonstration : il doit être entendu, en effet, que s'il n'y a pas contrat il ne peut y avoir refus de contracter. Mais ces deux théories, pourtant très séduisantes, ont été critiquées : Demogue a considéré que l'on rétrécissait ainsi la notion de contrat « à celle d'un petit acte temporaire et limité » (22)...; M. Waline (23) a cru pouvoir démontrer que, dans certains cas tout au moins, la situation des usagers du service public est contractuelle. Ainsi, et bien que nous soyons enclin de penser que c'est un curieux contrat que celui qui peut être unilatéralement modifié (24), admettrons-nous que c'est un contrat qui unit l'usager du service public à l'exploitant.

(18) Duguit, *op. cit.*, p. 428. Cf. pour la théorie de l'acte juridique chez Duguit : l'Etat, le Droit objectif, p. 138 et s.

(19) Parmi les exemples donnés par Duguit nous trouvons celui du voyageur qui demande un billet de chemins de fer ou de tramway et qui se le voit refusé par l'agent du concessionnaire.

(20) Ce qui était l'hypothèse de l'espèce « Syndicat des Propriétaires et Contribuables du Quartier Croix de Seguey-Tivoli », occasion de cette chronique.

(21) Note au S. 1907.2, p. 37, précitée.

(22) « Traité des Obligations », T. I, n^{os} 2-3 *bis*.

(23) « De la situation juridique de l'usager d'un service public », Rev. crit., 1933, p. 236.

(24) Cf. pour l'élévation du tarif, Req. 4 mars 1921, S. 1922.I.65, D. 1922.I.41.

Que peut donc faire l'usager qui se trouve en butte à la mauvaise volonté du concessionnaire ? La citation de Romieu (25) est éclatante : le premier moyen à sa disposition est le recours contre l'exploitant pour *inexécution* du contrat qui se forme à l'occasion de chaque prestation demandée et non fournie. Qui dit action en *exécution* d'un contrat dit contrat formé. Or, comment le contrat s'est-il formé, sinon par l'acceptation du sollicitant d'une offre permanente et complète ? On voit donc combien sont inutiles les notions de « privilège » et de « monopole » et inadéquates celles « d'abus du droit de ne pas contracter » et de « liberté du commerce et de l'industrie ». Il est faux de dire que le concessionnaire est tenu parce qu'il exploite une entreprise privilégiée ou monopolistique. Il est faux de dire que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui permet à tout un chacun de traiter avec qui il veut, est limité en ce qui concerne le concessionnaire d'un service public. Il suffit de dire que le service public concédé est en état d'offre permanente et que le contrat se forme par simple acceptation de l'usager (26).

On voit donc que, quelle que soit la solution adoptée, l'usager du service public (27) peut obtenir la prestation qu'il désire; c'est ce que l'on a appelé (28) le droit de l'administré aux prestations de service. Est-ce là dire que le service public se trouve livré pieds et poings liés à cet usager tyrannique ? Certainement pas. Il peut faire des discriminations, mais celles-ci doivent avoir été prévues dans les textes organisant le service (29). Car le grand principe qui domine tout, ici, c'est le principe de l'égalité devant le service public. C'est lui que la Cour de cassation a voulu exprimer par les idées de « privilège » et de « monopole » (30) et par la formule de l'arrêt Bottone (31). C'est

(25) Cf. *supra*, p. 32, note 13.

(26) On connaît la fortune de cette construction en ce qui concerne l'obligation de sécurité, en matière de contrat de transport, cf. MAZEAUD et TUNC, n° 122-2 et les références en note. Particulièrement intéressant, tant en ce qui concerne ce que nous avançons que le problème de l'obligation de sécurité, se trouve être l'arrêt de Bruxelles, 19 novembre 1900, D.P. 1902.2.356 qui a décidé que entre une Compagnie de Tramways et un candidat voyageur le contrat est formé sitôt que ce dernier a saisi la main courante du tramway. Sur la notion d'offre permanente et ses rapports avec le refus de contracter, cf. *infra*, 2e Partie, Titre Ier, Chapitre II.

(27) Et le fait que celui-ci soit exploité en régie ou par le biais de la concession est sans importance.

(28) Cf. MATHIOT, « Grands services publics et entreprises nationales ». Cours professé à la Faculté de Droit de Paris en 1960-1961, p. 247 et s.

(29) En ce sens et à propos d'un spectateur qui avait la prétention d'assister en pantalon de golf, à un spectacle de ballets à l'Opéra, voir T.C. Seine, 20 février 1952, D. 1952.353.

(30) 21 avril 1854, précité.

(31) 19 février 1896, arrêt et formule précités. Voir aussi Req., 2 mars 1932, S. 1932.I.166, D.H. 1932.177, selon lequel les « casinos qui bénéficient d'un monopole pour les jeux, ne peuvent invoquer le principe et la règle de la liberté du commerce ».

lui aussi que recherchait la Cour d'Aix à travers la notion d'abus de droit. Ces notions, répétons-le, ne sont pas ici, à leur place. Ce qui est vrai, c'est que le service public est à la disposition du public. Peu importe en définitive que la relation existant entre l'usager et le service ne soit pas d'ordre contractuel ou que celui-ci soit perpétuellement en état d'offre (32). Ce qui compte, c'est la règle selon laquelle tous les usagers ont des droits égaux devant le service public, et qui veut en premier lieu que le service public fonctionne et fonctionne sans discriminations autres que celles prévues par la loi.

Section II

LES PROFESSIONS LIBERALES

Nous l'avons dit : nous allons examiner sous la rubrique « les activités contrôlées » le problème du refus de contracter lorsqu'il est lié à l'exercice des professions dites libérales. Cela peut sembler choquant, puisqu'on reconnaît l'indépendance comme une des trois caractéristiques traditionnelles de ces professions (33). Mais, comme l'a fait remarquer M. J. Savatier (34), si la caractéristique essentielle de la profession libérale se trouve en définitive être « dans la nature de la mission qui lui est confiée par ses clients », il n'en reste pas moins que le professionnel exerce une mission sociale (35), et que celle-ci justifie un contrôle et même une organisation de la part de l'Etat.

(32) Pour notre part nous préférons l'interprétation duguiste. Admettre en effet, qu'il se forme entre l'usager du service et celui-ci un contrat, revient à adopter l'analyse faite par M. Salle de la Marnière, *op. cit.*, p. 65 : « ... l'opération peut s'analyser très simplement en un contrat au sens classique du terme dont la loi détermine impérativement les effets, ainsi qu'elle le fait parfois, mais la réglementation législative est poussée ici au point que la détermination du prix lui-même échappe aux parties, et que celles-ci ne peuvent qu'apporter leur consentement pour donner force obligatoire et effet à la réglementation légale ». Nous avons montré (cf. *supra* Introduction) l'incompatibilité qu'il y a entre l'idée de prédétermination légale et celle de contrat. Cf. sur le rôle nul du consentement dans ce genre de situation, Waline, L' « Individualisme et le Droit », p. 215. D'ailleurs on peut légitimement penser que, de même que les biens du service public ont une place à part dans l'ordonnancement juridique, de même les situations juridiques auxquelles il est mêlé (et qui concernent incontestablement ses biens) doivent avoir une place particulière dans cet ordonnancement.

(33) Qui, à en croire l'étymologie, seraient réservées à des hommes libres ; les deux autres caractéristiques étant qu'elles mettent en jeu les qualités intellectuelles et qu'elles sont désintéressées (cf. Jean Savatier, *op. cit.*, p. 35 et s.).

(34) *Op. cit.*, p. 42.

(35) Et que c'est finalement dans la combinaison de ces deux missions que réside l'originalité de la profession libérale, Savatier, *op. cit.*, p. 42.

Nous ne sommes plus très loin de la notion de service public, cette « activité d'une collectivité publique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général » (36). Il serait donc bien tentant de se livrer ici à une analyse du même type que celle que nous venons de faire à propos des services publics, car c'est une notion que nous allons retrouver ici.

Peut-être un juriste de Droit public trouverait-il à redire si nous appliquions cette définition aux professions de notaire, d'avoué, d'huissier, de médecin, d'avocat. Pourtant il ne fait pas de doute que ceux qui exercent ces professions les exercent dans l'intérêt général. Qu'ils poursuivent en les exerçant, un avantage particulier, est évident. Mais on ne peut nier que les officiers ministériels ou les avocats participent au service public de la justice, de la même manière que le juge, sinon avec les mêmes procédés... Pareillement, et même si telle n'est pas la situation en France, il est des pays où les médecins sont tous fonctionnaires du service public de la Santé (37). Voici donc des professionnels exerçant une mission d'intérêt général, collaborant de loin ou de près avec des services publics et dont parfois on peut dire qu'ils agissent en fonction de mission de service public : en déduira-t-on que la règle de l'égalité devant le service public s'impose à eux comme elle s'impose à tout service public, avec comme exigence première le fonctionnement du service, donc la satisfaction obligatoire des désirs de tout sollicitant ?

§ 1. — Les officiers ministériels.

Il est certain que les officiers ministériels tiennent leur pouvoir de l'Etat. Ils doivent à l'habilitation de la puissance publique la force de leurs actes, et c'est à elle aussi qu'ils doivent cette sécurité professionnelle que constitue le monopole (38) de certains actes. Mais qui vend son âme à l'Etat pour en obtenir certains avantages lui doit certaines compensations... Et c'est ainsi que, comme le concessionnaire, notaires, avoués et huissiers voient leurs activités tarifées. C'est ainsi qu'ils sont dans l'impossibilité de refuser leurs services à qui les sollicite.

(36) LAUBADÈRE, « Traité élémentaire de Droit administratif », 2e éd., n° 40.

(37) On peut se demander d'ailleurs (et ceci indépendamment des développements qui vont suivre) si les modifications récentes de la profession médicale n'ont pas accentué l'aspect de service public de cette profession (nous ne disons pas que c'est un pas de plus vers la fonctionnarisation...) cf. STILLMUNKES, « La notion de profession libérale et son évolution récente », Actualités Juridiques, Droit Administratif, 1964, p. 403 et s.

(38) Il faut s'entendre sur la signification du mot monopole : il veut simplement dire ici que certains actes sont limités à une profession. Mais il faut ajouter que celle-ci est protégée par un *numerus clausus* fort efficace.

Mais si l'un d'entre eux, pourtant, refusait son ministère, s'agirait-il d'un refus de contracter ?

Tout d'abord, il est extrêmement difficile de dire qu'il existe un rapport contractuel entre le titulaire d'un office ministériel et son client. Certes, leurs relations vont prendre l'apparence d'un contrat. Il s'agira le plus souvent d'un contrat de mandat, mais aussi d'un contrat de type plus complexe, certaines caractéristiques du contrat d'entreprise pouvant se greffer sur le contrat de mandat. Mais peut-on dire que le point de départ des rapports du notaire et de son client soit la rencontre de deux volontés ? Le notaire ne peut pas plus refuser de passer un acte de son ministère qu'un officier d'état civil ne peut refuser d'enregistrer la naissance d'un enfant. Le client ne peut discuter le montant des honoraires dus. Non plus d'ailleurs que le notaire ne pourra exiger des honoraires supérieurs à ceux du tarif (39). De ce que la discussion et du partenaire et du prix des services n'est pas libre on peut conclure que l'on n'est pas en présence d'un pur contrat, ce qui a pour conséquence que le refus de la part du notaire n'est pas un refus de contracter.

On peut aussi considérer que le notaire est en état d'offre permanente. Son panonceau indique son étude. Les clients éventuels sont censés être au courant des conditions que le notaire pose pour traiter. L'adhésion des clients formera donc le contrat. Si donc le notaire se dérobe à la sollicitation d'un client il manquera à la parole donnée et violera un contrat déjà existant.

Pour nous, le vrai se tient à mi-chemin entre les deux situations, pour deux raisons.

D'une part, l'officier ministériel (40) est sans doute en état d'offre, mais les conditions de son offre sont fixées par le statut de sa profession. Entre son client et lui il y aura un contrat, mais ni le client ni lui ne peuvent en discuter toutes les conditions.

D'autre part, en fait, il est exagéré de dire que l'officier ministériel est toujours tenu de prêter son ministère. On sait que le notaire doit refuser d'instrumenter chaque fois que l'acte qu'il devrait recevoir serait nul, soit parce que accompli par un incapable, soit parce qu'ayant pour but de frauder les tiers, soit encore parce qu'il est personnellement intéressé à l'acte qu'il est requis de recevoir. Dans chacun de ces cas, il engagerait gravement sa responsabilité s'il passait outre. De même un avoué ne pourra occuper dans

(39) Il est bien évident que le notaire pourra toujours faire remise de ses honoraires, et que l'on ne peut empêcher un client agissant spontanément, de faire une libéralité à son notaire. Encore faut-il que la remise soit totale ou la libéralité spontanée.

(40) Nous avons raisonné sur l'hypothèse du notaire. Nous aurions pu, tout aussi bien, raisonner sur l'avoué, ou l'huissier ou l'agent de change.

une affaire où l'adversaire se trouve être déjà son client. En un mot, l'officier ministériel peut, et même doit toujours refuser son ministère lorsque la prestation serait incompatible avec la dignité de sa profession ou engagerait sa responsabilité. Une chose est d'ailleurs à noter : il est bien évident que dignité et responsabilité sont deux notions dont l'intensité varie avec chaque individu; donc si tel professionnel se refuse à effectuer tel acte dont il est requis, le sollicitant pourra toujours essayer de chercher un autre spécialiste... plus hardi. Mais comme les refus sont en général opposés pour des raisons que le sollicitant préfère garder pour lui, la jurisprudence en la matière est quasi inexistante... Et par là même ignore-t-on l'avis des juges sur la question (41).

Le problème qui se pose est en définitive de savoir quelle est la nature du refus opposé par un officier ministériel, pour une raison autre que le respect qu'il peut avoir de sa profession et de lui-même. Partant donc de l'idée qu'il existe des refus licites, la doctrine voit dans ces derniers refus des actes illicites (42). Mais s'agit-il vraiment d'un refus de contracter ? Nous n'en sommes pas persuadé. De deux choses l'une en effet; ou bien on met l'accent sur les attributs de puissance publique des offices ministériels et il ne peut s'agir d'un contrat; ou, plus sagement, on se borne à dire qu'il y a de la part du professionnel une offre en partie réglementée par le statut de sa profession et il ne peut plus s'agir de la part de l'auteur du refus que de la violation d'un contrat formé. Mais encore faut-il que l'acceptation ait rencontré l'offre, c'est-à-dire que les sollicitations faites n'aient point choqué la délicatesse.

§ 2. — Les autres professions contrôlées par l'Etat.

Le problème est relativement simple au fond quand on considère les offices ministériels. Mais qu'en est-il des autres professions qui, comme les professions d'avocat ou de médecin, participent, plus ou moins, à des services publics ?

L'avocat est incontestablement libre de refuser telle affaire qu'il lui plaira. Il n'est, pour la fixation de ses honoraires, lié par aucun tarif; personne ne peut lui imposer un client (43). Son premier juge — son juge naturel dirions-nous — c'est sa conscience. Les rapports avec sa clientèle sont donc purement contractuels, et c'est comme

(41) Mais en revanche abonde une jurisprudence — sévère — sur les agissements parfois trop hardis de certains praticiens du Droit.

(42) Josserand, « De l'esprit des droits », n° 88.

(43) Celui-ci peut-il imposer la conduite du procès ? Pas même.

tels qu'ils sont contrôlés par les juges (entre autres façons en ne lui imposant jamais un cocontractant).

Il est pourtant un cas où client et honoraires sont fixés d'autorité, c'est le cas de la commission d'office. Le client est imposé, quant aux honoraires... Peut-on dire ici que les rapports unissant l'avocat à son client sont contractuels, et donc que l'avocat qui se dérobe à une commission d'office refuse de contracter ? Certainement pas. C'est déjà beaucoup de dire comme le fait un auteur, qu'il s'agit là d'un contrat nécessaire (44) ; nous préférons à cette affirmation la restriction qui la suit : « si tant est qu'il y ait contrat en cette matière... » Car il est certain qu'il n'y a pas ici de contrat et qu'il s'agit pour l'avocat d'une participation au service public de la justice, du même ordre que celle d'un membre du ministère public; et l'on ne sache pas que l'on n'ait jamais présenté l'activité d'un Procureur de la République comme résultant d'un contrat... Ce qui pourrait fausser l'optique, c'est que l'avocat plaidera toujours la cause d'un individu de la même façon que si son « client » était venu volontairement à lui. Il n'empêche qu'il agit sur ordre et que cette subordination qui contraint la volonté nous semble suffisante pour proscrire ici la notion de contrat et de refus de contracter.

Plus complexe encore est le cas du médecin. Comme l'avocat, il est libre de choisir sa clientèle et de fixer ses honoraires comme il l'entend (45) ; inversement — et c'est un principe auquel les médecins sont très attachés — le patient doit être libre de se faire soigner par qui il veut (46). Donc, si tel individu se présente chez tel médecin de son choix, celui-ci est libre de ne pas le soigner, ne serait-ce que parce qu'il estime avoir en face de lui un émule d'Argan et qu'il n'est point, lui, disciple du Docteur Knock. On ne pourra donc parler ici de refus de contracter fautif. Cela étant, ces deux principes comportent tout de même quelques exceptions qui sont plus apparentes que réelles et seules nous retiendrons les entraves à la liberté du médecin.

La première exception tient à la situation du médecin exerçant dans un hôpital ou attaché à une clinique. Elle ne concerne pas notre étude. Il est bien évident en effet qu'il y a deux rapports de droit :

(44) Ricot, « Le refus de contracter », Thèse, Paris 1929, p. 98.

(45) A condition bien sûr, d'agir « avec tact et mesure » comme le lui rappelle le Code de déontologie.

(46) Cf. Savatier, *op. cit.*, p. 190. « Ce principe forme une des assises de ce que l'on appelle la « Charte Médicale », statut juridique traditionnel de la médecine auquel le médecin demeure profondément attaché... le principe est certainement une des pierres d'angle de notre organisation des professions libérales. Juridiquement d'ailleurs on aura bien davantage à y faire appel pour juger de la validité des conventions ou institutions qui risquent d'y porter indirectement atteinte, que pour annuler une relation déterminée entre un professionnel et son client. Un exemple en a été récemment donné par la grève des médecins belges.

l'un qui lie le médecin à l'établissement qui l'emploie et l'autre qui lie le patient audit établissement. En ce qui concerne les rapports du médecin et du client, il est assez douteux qu'ils soient d'ordre contractuel, le médecin se présentant plutôt comme un préposé de l'établissement dont il relève. Si donc il refusait de soigner un pensionnaire de cet établissement il ne serait pas question bien sûr de refus de contracter (47).

On pourrait aussi imaginer (48) que le médecin, par apposition de sa plaque, et par l'exercice de sa profession de façon manifeste, fait une offre à tous, qui serait complète par la connaissance que tout un chacun a des tarifs pratiqués. L'hypothèse est rendue encore plus vraisemblable de nos jours qu'elle ne l'était jadis, de très nombreux médecins ayant accepté de se « conventionner », c'est-à-dire de voir leurs activités tarifées par la Sécurité sociale. Pourtant nous ne la retiendrons pas. D'une part, en effet, le « conventionnement » n'entraîne absolument pas, pour le médecin, le client « forcé », et le praticien conserve toute sa liberté. D'autre part, si même on admettait que le médecin soit en état d'offre permanente, le refus pour lui de donner ses soins à un malade ne serait pas un refus de contracter, mais bien le refus d'exécuter le contrat formé par l'acceptation par le client de l'offre émise par le praticien.

La complexité naît, croyons-nous, de l'hypothèse du médecin intervenant « en urgence ». Quels sont ses rapports avec son patient si, une nuit, il est appelé au chevet d'un malade de lui inconnu ? Ou si, passant sur une route, il est témoin d'un accident corporel ? Peut-il répondre au sollicitant, peut-il se dire qu'il soigne qui il veut, et qu'il ne se dérangera pas plus de son sommeil que de sa route ? Cette attitude est choquante et certainement blâmable sur le plan de la morale; mais il est connu qu'il n'y a pas forcément coïncidence entre les impératifs de celle-ci et ceux du droit. Et c'est la solution de celui-ci que nous cherchons.

Cette solution est nuancée, dominée par des textes importants qui viennent quelque peu troubler la question, en enlevant au médecin une partie de son libre arbitre.

Le premier de ces textes, à dire le vrai, n'est pas particulier à la profession médicale, et a une portée générale : c'est l'article 63, § 2 du Code pénal qui érige en délit le fait de s'abstenir volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que — sans risque pour soi ou pour les tiers — on pouvait lui prêter, soit par son action

(47) On sait que l'indépendance technique qu'il convient de reconnaître dans tous les cas au médecin, n'est pas incompatible avec une subordination administrative. Sur ce problème, voir Planiol et Ripert, T. XI, n° 777 et les références en note. Cf. aussi R. et J. Savatier, Auby et Péquignot, « Traité de Droit médical ».

(48) Cf. Ricot, *op. cit.*, pp. 43 et 93.

personnelle soit en provoquant un secours. Les autres textes sont, eux, particuliers à la profession médicale. Il y a, d'abord, l'article L. 367 du Code de la Santé publique qui dispose que « tout docteur en médecine est tenu de déférer aux réquisitions de l'autorité publique ». Il y a, ensuite, les dispositions du Code de déontologie médicale et surtout son article 5 : « Quelle que soit sa fonction ou sa spécialité, hors le seul cas de force majeure, tout médecin doit porter secours d'extrême urgence à un malade en danger immédiat si d'autres soins médicaux ne peuvent pas lui être assurés ».

Il serait tentant à première vue de dire que le médecin qui intervient « en urgence » est lié au patient par un contrat de soins médicaux. Et donc que celui qui refuse d'intervenir — et qui tombe aussi sous le coup de la loi pénale et des règlements disciplinaires — commet un refus de contracter fautif. Cette interprétation nous semble toutefois un peu rapide.

On pourrait penser à une convention d'assistance qui lierait le sauveteur à son obligé. Elle peut exister, cela est vrai; mais, d'une part, on ne sait pas très bien ce qu'elle contient; et, d'autre part, comme elle est toujours invoquée par le sauveteur ou ses héritiers, elle apparaît comme une construction technique *a posteriori* permettant d'indemniser plus facilement celui qui — comme souvent — est victime de son bon cœur (49).

Ici, il semble qu'il faille rejeter une telle solution. Pour nous le médecin intervenant en « urgence » assume une mission voisine de celle de l'avocat intervenant sur commission d'office (50). Certes, il ne peut être question, en matière médicale, alors qu'il y a urgence, de faire désigner d'office un médecin par une autorité quelconque. Encore que la réquisition prévue par l'article L. 367 du Code de la Santé publique soit de cette veine. Le seul juge c'est donc la conscience du médecin.

C'est, d'ailleurs, la position de la jurisprudence lorsqu'elle applique au médecin l'article 63, § 2. Pour elle « l'assistance au malade est pour le médecin un devoir et un monopole » (51). C'est à lui donc de décider de l'opportunité des soins, c'est-à-dire d'apprécier l'état de péril. Mais il ne faut pas croire que ce pouvoir est arbitraire : les juges s'arrogent le droit de le contrôler (52). Le médecin pourra

(49) Cf. Civ. 27 mai 1959, D. 1959.524, N. Savatier, J.C.P. 1959.II.11887 et N. Esmein, obs. Mazeaud, R.T.D.C. 1959.735, Civ. 23 mai 1962, D. 1962, Som. 131, G.P. 1962.2.210, obs. Tunc, R.T.D.C. 1963.327.

(50) Cf. J. Savatier, *op. cit.*, p. 201.

(51) Lombois, « De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils », Thèse, Poitiers 1961, p. 37.

(52) Cf. Bouzat, « Droit pénal général », n° 117 et les références. Cf. aussi Lombois, *op.* et *loc. cit.* En dernier lieu : Trib. corr. Nancy, 2 juin 1965, J.C.P.

s'abstenir s'il juge qu'il n'y a point péril, mais il est tenu d'un diagnostic consciencieux. « Il n'appartient pas au médecin de douter de la médecine ou de désespérer de la vie » (53)... Peut-on voir alors dans la condamnation d'un médecin sur la base de l'article 63, § 2 la sanction d'un refus de contracter ? Nous ne le pensons pas, puisque l'on ne peut pas dire que le médecin qui intervient sous l'empire de l'urgence (54) contracte avec son patient. Il est évident que son intervention ici, est l'accomplissement de la « mission sociale » dont parle M. Savatier (55), une mission proche de celles des services publics. Le rôle du juge en la matière n'est donc pas de contrôler l'exercice correct d'un droit de ne pas contracter, mais de contrôler l'accomplissement correct d'une mission de service public (56).

Nous emprunterons la conclusion de ces observations à M. J. Savatier (57). « Par le fait même qu'on est avocat, médecin, notaire, on est astreint à certains devoirs déterminés par la loi ou par les usages professionnels et qui ne dépendent pas de la nature de la relation qu'on lie avec les clients... L'exercice des professions libérales peut faire l'objet d'un contrat... (mais) les principales obligations du professionnel ne lui sont pas imposées par le contrat mais par le simple exercice de sa profession ».

1965.14371 « Docteur Colin ». Note R. Savatier qui écrit : « Il est clair que humainement le médecin ne doit pas seulement être considéré comme *servi*, mais aussi comme *asservi*, par son monopole. En lui reconnaissant un ministère privilégié de service public, la loi consacre un privilège qui confère au devoir de secours du médecin une particulière intensité. »

(53) Lombois, *op.* et *loc. cit.*

(54) Quand il n'y a pas urgence le principe du libre choix du client est roi, bien sûr, puisque le médecin est juge — sous le contrôle des tribunaux — de l'urgence.

(55) *Op. cit.*, p. 42.

(56) On peut se demander au demeurant, si, en admettant que la condamnation du médecin sur la base de l'article 63, § 2, soit la condamnation d'un refus de la part de ce praticien de passer le contrat de soins médicaux, on admettrait aussi que la condamnation d'un quidam pour non-assistance à personne en danger serait la condamnation d'un refus de passer une convention d'assistance ?

(57) *Op. cit.*, p. 223.

CHAPITRE II

Le droit du travail et le refus de contracter

« Un employeur a en principe le droit de choisir librement son personnel. C'est un des principes généraux du Droit français que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter avec une personne déterminée. En face de cette liberté de l'employeur de refuser l'embauchage se place la liberté du travailleur d'adhérer au syndicat de son choix » (1). Si donc l'employeur refuse d'embaucher un travailleur au motif qu'il est affilié à un syndicat, c'est l'affrontement « de deux droits antagonistes qui réclament chacun sa place au soleil... d'une part la liberté contractuelle, d'autre part le droit syndical; c'est entre ces deux prérogatives de large envergure qu'il s'agit de décider » (2).

Nous ne sommes pas très sûr que le conflit se situe sur ce terrain, qu'il y ait vraiment affrontement entre ces deux grandes libertés. Pour bien comprendre le problème, il faut pensons-nous le replacer dans son cadre, dans les cinquante années qui séparent l'avènement de l'empire libéral de la guerre de 1914. Il y a beaucoup à dire sur l'importance de ce demi-siècle pour l'histoire de la France. Remarquons seulement ici qu'il est le temps de l'avènement des libertés publiques. La loi ne s'est plus contentée de proclamer au fronton des Mairies : « Liberté, Egalité, Fraternité ». Elle a voulu que chacun puisse, vraiment, en profiter : donner au syndicat la vie juridique, c'était donner à des hommes égaux, la chance de se conduire en frères les uns vis-à-vis des autres, et de parvenir ainsi à une liberté vraie.

(1) Spyropoulos, « La liberté syndicale », p. 176.
(2) Josserand, « De l'Esprit des Droits », p. 137.

Cette initiative ne fut pas du goût de tout le monde, et surtout pas du goût de ceux qui avaient profité de la désorganisation de la classe ouvrière. N'ayant pu empêcher la loi d'être votée, ils voulurent étouffer le syndicat, l'asphyxier. Le refus d'embaucher un ouvrier, c'est un mode de combat, de même que la mise à l'index d'un patron ou d'un ouvrier par le syndicat. C'est l'isolement, l'excommunication. C'est forcer un individu à suivre une certaine discipline ou à mourir de faim. C'est pourquoi il nous semble que ramener cela à un affrontement de la liberté contractuelle et de la liberté syndicale, non seulement ne nous donne pas une vision exacte des réalités mais encore les déforme totalement. Car c'est mettre sur le même plan deux notions appartenant à deux mondes différents : l'une — la liberté syndicale — apparaît déjà comme une fin, alors que l'autre — la liberté contractuelle — restera toujours un moyen. Il semble donc intéressant d'étudier les rapports de ce moyen avec cette fin, non seulement lorsque le refus est dicté au patron par sa propre volonté, mais encore lorsque le refus est imposé au patron par des engagements antérieurs. Nous procèderons d'abord à une analyse de la jurisprudence, puis nous essaierons d'en faire la synthèse.

Section I

ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

§ 1. — Le refus d'embauchage émane d'une volonté libre.

A dire le vrai, on cite peu de décisions condamnant le refus d'embauchage au motif que l'ouvrier est syndiqué. Cette rareté va nous permettre d'examiner de manière assez approfondie ce qui, en la matière, est l'armature de la théorie du refus abusif de contracter.

a) *L'Affaire « Syndicat des ouvriers en bois Merrains »* (3).

C'est la première manifestation jurisprudentielle du problème.

Un syndicat d'ouvriers en tonnellerie avait obtenu d'un patron — qui d'ailleurs semble avoir été incompétent pour en décider sans son associé — qu'il n'embaucherait que des ouvriers qui y étaient affiliés. Quelque temps après, ledit patron donnait ordre à son contremaître — non syndiqué — de ne pas embaucher les ouvriers qui apparte-

(3) Juge de paix, 1er canton de Bordeaux, 18 août 1903, T.C. Bordeaux, 14 décembre 1903, Req. 13 mars 1905, D.P. 1906.I.113, N. Planiol.

naient au syndicat en question. Pris entre le désir de faire partie du syndicat et celui de conserver leur travail, bon nombre de syndiqués démissionnèrent. Le syndicat estima alors subir un préjudice et assigna le patron. Celui-ci objecta d'une part que la convention qui le liait au syndicat était nulle, et d'autre part qu'il n'aurait fait qu'user d'un droit en faisant connaître aux syndiqués qu'il ne les embaucherait plus; il estimait donc que, quand bien même un préjudice aurait existé pour le syndicat, il n'avait pas à en répondre. Et il concluait à ce que l'on rejetât l'offre de preuve avancée par le syndicat. Successivement, le juge de paix de Bordeaux, en appel le Tribunal Civil de cette ville et la Cour de cassation condamnèrent cette position.

Le juge de paix considéra comme nulle la convention liant le syndicat au patron et rappela que, de jurisprudence constante (4), les syndicats « qui se montraient oublieux du devoir essentiel de respecter la liberté de chacun » étaient condamnés « à de justes dommages-intérêts ». Mais corrélativement à cela s'impose pour le patron « le devoir de ne pas exclure un ouvrier sous le prétexte qu'il appartient à un syndicat » car « tolérer un pareil système... serait ruiner dans ses effets la loi de 1884 ».

Les juges d'appel devaient adopter une position moins tranchée. Ils admettaient — le syndicat avait abondonné l'argument — que la convention était sans valeur juridique, et affirmaient que « rien dans la législation actuelle ne paraît empêcher spécialement un patron d'annoncer son intention de ne pas faire travailler les ouvriers d'un syndicat ». S'ils avaient poussé leur raisonnement jusqu'au bout, ils auraient dû parvenir à une solution diamétralement opposée à celle du juge de paix. Mais, après avoir salué au passage les traditionnels principes bourgeois, le tribunal civil retint que cette faculté devait être limitée et que son exercice ne pouvait être soumis à d'injustes motifs, entre autres la malveillance et l'intention de nuire.

La Cour de cassation persista dans cette voie et admit (5) que « le refus d'embauchage s'était produit dans des circonstances qui lui don-

(4) Le juge de Bordeaux faisait là allusion à la célèbre affaire Joost (Cass. 22 juin 1892, D.P. 1892.I.449, concl. Proc. Roujat, S. 1893.I.41, N. Jay). Joost, ouvrier imprimeur, avait décidé de quitter son syndicat. Voulant le forcer à réintégrer, le syndicat le mit à l'index ce qui entraînait, de la part des autres membres du syndicat, la décision de ne plus travailler dans un atelier où Joost travaillerait. L'employeur de Joost fut donc contraint de le renvoyer, et celui-ci ne put plus trouver de travail dans les ateliers de la région. Il assigna alors le syndicat en payement de dommages-intérêts. Après que les juges du fond l'aient débouté, la Cour de cassation reconnut que les membres d'un syndicat professionnel ont le droit « absolu » de se retirer de l'association quand bon leur semble, et que sont illicites les menaces de grève qui ont pour but d'imposer au patron le renvoi d'un ouvrier, parce qu'il s'est retiré de l'association et qu'il refuse d'y rentrer. Sur ce point, cf. SPYROPOULOS, « La liberté syndicale », p. 218 et s.

(5) A condition que le syndicat établisse la véracité des faits allégués.

naient le caractère d'une faute ». Elle s'engageait ainsi, après le tribunal de Bordeaux, sur le chemin de l'abus du droit. Elle allait y être suivie et même dépassée par deux décisions qui eurent l'honneur d'une note du Doyen Josserand et qui constituent l'un des bastions de la théorie de l'usage abusif du droit de refuser de contracter.

b) *Les affaires « Chambre syndicale des Ouvriers typographes de Lille »* (6) *et « Union syndicale des Artistes lyriques »* (7).

La chambre syndicale des Ouvriers typographes de Lille poursuivait un maître-imprimeur de cette ville, pour avoir, d'une part, refusé d'embaucher certains ouvriers typographes uniquement à raison de leur appartenance syndicale, et, d'autre part, contraint certains ouvriers déjà embauchés à se retirer de ce syndicat. En première instance le juge de paix avait rejeté la demande au double motif que certains ouvriers syndiqués avaient brusquement cessé leur travail (8), et que de toute façon le patron est libre de choisir son personnel.

Cette dernière considération qui est en fait celle pour laquelle les patrons se battaient, fut l'occasion pour le tribunal de Lille d'une série d'attendus fort importants et beaucoup plus nets que ceux du tribunal civil de Bordeaux. Il relève, en effet, « qu'il convient de distinguer entre l'usage normal du droit, et son usage abusif, que là où apparaît l'abus cesse le droit; que si en l'état actuel de la législation le patron a incontestablement le droit de choisir librement les ouvriers nécessaires à l'exploitation de son industrie, il ne saurait cependant sans excéder son droit, se refuser à leur embauchage pour le seul motif expressément déclaré qu'ils participent à un syndicat professionnel, caractérisant une institution légale, et moins encore contraindre sous menace de congédiement ceux déjà embauchés, à se retirer d'un tel syndicat ».

C'est la même façon de s'exprimer que nous retrouvons dans le jugement du tribunal de commerce d'Epernay, en faveur de « l'Union syndicale des Artistes lyriques ». Ici, les faits étaient particulièrement clairs. Suivant les instructions de son propre syndicat, le directeur d'une brasserie lyrique se refusait systématiquement à embaucher des artistes affiliés au syndicat demandeur. Il avait même commis l'imprudence de l'écrire à des candidats, et toujours en termes non équivoques. Les juges consulaires retinrent, comme les magistrats lillois ou bordelais, « qu'il est loisible sans aucun doute à un patron de refuser d'embaucher un ouvrier, quel qu'il soit, quand celui-ci ne

(6) Trib. civ. Lille, 12 novembre 1906, D. 1908.II.73, N. Josserand.
(7) Trib. comm. Epernay, 28 février 1906, *eod. loc.*
(8) On ne doit pas oublier que la grève était à l'époque fort mal vue et qu'elle rompait le contrat de travail du chef de l'ouvrier.

lui paraît pas dans les conditions voulues pour remplir un emploi déterminé ». Mais ils précisèrent sans ménagement « que le fait de refuser de prendre un employé, un ouvrier ou d'engager un artiste sans examen et sous le seul prétexte qu'il fait partie d'un syndicat constitue non plus l'exercice naturel et normal d'un droit, mais un véritable abus engendrant une faute réelle; ... que ce serait menacer gravement la formation et l'existence même des syndicats ouvriers que de laisser passer sans répression le fait pour un patron de se refuser systématiquement à embaucher un ouvrier pour cette seule raison qu'il fait partie d'un syndicat, qu'on doit y voir au contraire une atteinte manifeste et grave portée tant à la liberté de la constitution syndicale qu'au travail même ».

Les solutions de ces deux décisions sont plus dures pour le patron que celle de la Cour de cassation dans l'espèce « Syndicat des Ouvriers en Bois Merrains » (9). Alors que pour la Cour suprême, il est nécessaire que le refus d'embauchage, pour être abusif, s'accompagne de circonstances lui donnant le caractère d'une faute, on saute ici cet échelon et dans les deux dernières décisions citées, on pose en principe qu'est abusif le refus d'embaucher un ouvrier pour le simple motif qu'il est syndiqué. La Cour suprême devait montrer qu'elle ne suivait pas cette voie lorsqu'elle rendit son arrêt « Syndicat des Artistes musiciens de la ville de Nice ».

c) *L'Affaire « Syndicat des Artistes musiciens de la ville de Nice »* (10).

La Société fermière du Casino municipal de Nice avait inséré dans ses contrats d'engagement d'orchestre une clause par laquelle le musicien contractant déclarait « ne pas faire partie du syndicat des artistes musiciens, et ... que son entrée ultérieure dans ledit syndicat entraînerait la résiliation immédiate du contrat, et le payement à la direction du Casino d'un dédit de 500 francs ».

Le syndicat niçois s'estima lésé et demanda des dommages-intérêts. Débouté en première instance il le fut aussi en appel, la Cour d'Aix s'inspirant de la solution de la Cour de cassation dans l'arrêt « Syndicat des Ouvriers en Bois Merrains ». Elle rappela que le patron « est seul juge de l'opportunité des mesures que comporte l'administration et l'organisation de son entreprise » et qu'il peut donc exiger de ceux qu'il se propose d'employer, l'affirmation écrite qu'ils ne sont pas syndiqués et même stipuler une sanction pour le cas où, en cours

(9) Req. 13 mars 1905, précité.

(10) Aix, 21 décembre 1912, D.P. 1911.2.385, Cass. 9 mars 1915, D.P. 1916.I.25, N. Planiol.

de contrat, ils adhéreraient à un syndicat. Mais elle ajouta qu'il y avait tout de même une limite à cette possibilité : l'intention malveillante de porter atteinte à la liberté syndicale, et elle débouta le syndicat qui ne rapportait pas la preuve que la Société du Casino de Nice — qui voulait simplement se prémunir contre une grève toujours possible — avait voulu lui nuire (11).

La Cour de cassation saisie du pourvoi entérina cette façon de voir. Les clauses litigieuses seraient illicites dans la mesure seulement où « elles auraient pour mobile non le souci exclusif des intérêts professionnels de l'employeur, mais une pensée d'hostilité contre le syndicat ou le désir d'entraver son fonctionnement »; ce qui, d'après les constatations souveraines des juges du fond, n'était pas le cas en l'espèce.

§ 2. — Le refus d'embauchage est dicté par des engagements antérieurs.

Il est bien évident que le patronat chercha un second moyen de défense contre les syndicats : n'ayant pas réussi à les étouffer, il s'entendit avec eux et accepta (de façon à éviter des difficultés) de n'embaucher que des ouvriers syndiqués (12).

On a vu que cette clause pouvait être condamnée comme attentatoire à la liberté du travail, « un ouvrier ayant le droit de ne pas s'affilier à un syndicat, réunit-il la majorité des membres de la corporation » (13). Cette attitude était logique car elle était la conséquence d'une jurisprudence qui condamnait, comme illicite et abusive, la mise à l'index d'un travailleur motivée par sa non-affiliation syndicale (14). La Cour de cassation (15) pourtant opta pour la licéité d'une telle clause.

(11) La Cour précisait d'ailleurs que l'appréciation de l'intention malveillante du patron est plus subordonnée aux conditions de fait particulières à chaque espèce, qu'à l'application rigoureuse des textes de loi.

(12) Cette clause dite « closed shop » (clause « d'atelier fermé ») ou encore clause de monopole syndical ou de sécurité syndicale, a eu beaucoup de succès dans les pays anglo-saxons, où semble-t-il elle a conduit à un certain nombre d'abus, puisque la loi Taft-Hardley l'a prohibée aux Etats-Unis. En France, le pluralisme syndical et le rattachement politique des syndicats font qu'elle est beaucoup moins employée. On cite pourtant le célèbre contrat de label passé par la Fédération des Travailleurs du Livre (C.G.T.) qui est à l'origine de la loi du 27 avril 1956. Cf. sur cette question, SPYROPOULOS, « La liberté syndicale », *op. cit.* — J.-M. Verdier note sous Trib. Pol., Paris, 6 septembre 1963, J.C.P. 1964. 13665.

(13) « Ouvriers en bois merrains », juge de paix, 1er canton de Bordeaux, 18 août 1903, précité. Confirmé par T.C. Bordeaux, 14 décembre 1903, D.P. 1906.I.113.

(14) Cass. 22 juin 1892, aff. Joost, précitée.

(15) Rappelons que dans l'espèce « Syndicat des ouvriers en bois merrains » (Req. 13 mars 1905, précité), la Cour de cassation n'avait pas eu à se prononcer sur la liécité de la clause.

a) L'Affaire « Syndicat des Travailleurs du bâtiment d'Halluin » (16).

Les entrepreneurs d'Halluin et le syndicat des travailleurs du bâtiment de cette ville avait conclu un accord portant sur le taux des salaires et les heures de travail. L'article 12 de la convention stipulait en outre que les entrepreneurs s'engageaient à n'employer que des ouvriers faisant partie du syndicat. Deux entrepreneurs ayant embauché trois ouvriers affiliés à un autre syndicat, le président du syndicat signataire de l'accord demanda et obtint leur renvoi. Les ouvriers assignèrent le syndicat en réparation du préjudice que leur causait leur débauchage, mais aucune des juridictions saisies ne reçut les prétentions des demandeurs.

Le tribunal civil de Lille retint que la convention avait eu pour but de régler les difficultés dues en grande partie aux allées et venues constantes causées par le voisinage de la frontière, qu'en la signant « le syndicat défendeur a veillé au premier chef aux intérêts professionnels dont il a la garde », et que cette convention avait eu des effets bienfaisants. « Dans ces conditions, concluait le tribunal, on ne peut soutenir qu'elle est inconciliable avec la liberté qu'a l'ouvrier de faire partie ou non du syndicat ». La Cour d'appel de Douai confirma ce jugement : le syndicat n'avait pu stipuler pour un syndicat inexistant, « la liberté du travail et la faculté pour l'ouvrier de se syndiquer ou non sont essentiellement respectables » et les tribunaux doivent veiller à leur maintien; mais ces libertés sont nécessairement limitées par le principe de la liberté des conventions pourvu qu'elles ne soient contraires ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs; certes, si les patrons s'étaient liés définitivement cet engagement serait nul, mais comme il était temporaire... D'ailleurs « on ne comprendrait pas que quelques patrons pussent, après l'avoir volontairemnt accepté dans un intérêt purement professionnel et pour mettre fin à une grève, considérer comme nul et non avenu l'engagement de ne se servir pendant un temps limité que d'ouvriers appartenant à un syndicat avec lequel ils ont traité ».

La Cour de cassation sensible tant à l'argument de la brièveté de l'engagement qu'à celui de la recherche de la conciliation, dans un souci professionnel, rejeta la requête, retenant que le renvoi avait été provoqué « non par une contrainte morale exercée sur les patrons, mais par la volonté de ces derniers de remplir des obligations découlant du contrat collectif ».

(16) Trib. civ. Lille, 28 décembre 1912, Douai, 18 juin 1913, Civ. 24 octobre 1916, S. 1920.I.17, N. Bonnecase.

Cette décision fut très critiquée (17) et peut-être la Cour de Lyon s'en souvint-elle, qui condamna de telles clauses.

b) L'Affaire « Syndicat des musiciens professionnels de Lyon » (18).

Il s'agissait en l'espèce d'une convention collective liant le Directeur d'un théâtre lyonnais à un syndicat de musiciens, la « Chambre syndicale des Musiciens de Lyon ». Entre autres dispositions, il avait été prévu que l'orchestre du théâtre devait être composé de musiciens membres de la chambre syndicale, l'exclusion ou la démission de celle-ci entraînant la résiliation de plein droit et sans indemnité du contrat de travail. Mais il existait un autre syndicat, le « Syndicat des musiciens professionnels de Lyon » qui, se sentant lésé, assigna et le syndicat signataire et le Directeur du théâtre pour voir juger que les clauses étaient nulles comme contraires à l'ordre public et s'entendre condamner à des dommages-intérêts. La Cour de Lyon confirma le jugement du tribunal de cette ville et annula lesdites clauses, se fondant à la fois sur les libertés syndicales et sur le principe de la relativité des conventions, l'existence de la première n'empêchant point le jeu du second. Elle retint « que la Chambre Syndicale, loin d'avoir accompli de simples actes de défense d'intérêt corporatif, en réalité a poursuivi la suppression du syndicat dissident, et ce faisant violé le principe de la liberté syndicale » et qu'il importait peu dans ces conditions « que les causes litigieuses aient été limitées dans le temps et dans le lieu » (19).

La Cour de Lyon d'ailleurs ne devait pas être la seule à avoir une telle attitude sur le problème des clauses conférant un monopole à un syndicat ouvrier, et la même année la Cour de cassation statuait dans un sens voisin.

c) L'Affaire « Journal L'Œuvre contre Doublet » (20).

Il s'agissait en l'espèce d'un ouvrier non syndiqué qui avait été congédié en raison d'une clause de monopole syndical. Les choses étaient aggravées par le fait qu'il était au service du journal depuis

(17) Bonnecase N. au S. 1920.1.17 - cf. aussi Legal - Brethe de la Gressaye, « Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées », p. 264 (cité par Spyropoulos, *op. cit.*, p. 240, n° 76).

(18) Lyon, 18 janvier 1938, G.P. 1938.1.525, S. 1938.2.151 sur appel de Trib. civ. Lyon, 16 juillet 1937, Gaz. Trib., 7-9 novembre 1937.

(19) Ce qui est un rappel des attendus de l'arrêt de la Cour de cass. du 24 octobre 1916, précité.

(20) Trib. civ. Seine, 13 juillet 1936, G.P. 1936.2.652, Civ., 9 mars 1938, D.H. 1938.305, Droit social 1938, N.P.H. Teitgen.

quinze ans, et que cinq ans avant la passation du contrat contenant la clause litigieuse il avait démissionné du syndicat à la demande du directeur du journal... Le tribunal de la Seine accorda à l'ouvrier les dommages-intérêts demandés et la Cour suprême rejeta le pourvoi du journal, car, dit-elle, « quels que soient les accords passés entre un employeur et un syndicat ils ne sauraient légalement avoir pour effet de modifier les rapports dudit employeur avec les ouvriers embauchés par lui et de retirer à ceux qu'il congédie, sous prétexte qu'ils ne sont point syndiqués, le droit de l'actionner en dommages-intérêts pour renvoi abusif ».

Section II

DISCUSSION

§ 1. — Examen critique.

La première remarque que l'on peut faire c'est que la jurisprudence que nous venons d'analyser est une jurisprudence « en dents de scie », mais qui, dans l'ensemble, est plutôt favorable aux syndicats.

Il est certain que pèse sur elle l'arrêt Joost (21) et la condamnation à des dommages-intérêts du syndicat qui, dans le but de faire regagner ses rangs à un ouvrier typographe, l'avait mis à l'index : on avait, alors, refusé d'admettre l'alternative « se syndiquer ou mourir de faim »; on n'admet pas non plus qu'il puisse y avoir un choix entre « quitter le syndicat ou mourir de faim ».

C'est d'ailleurs, on l'a remarqué, en termes modérés que la Cour de cassation a condamné les patrons. Ils sont libres de refuser tout ouvrier pour n'importe quel motif, même pour affiliation à un syndicat. Mais il pourra y avoir des circonstances qui feront que le refus d'embauchage sera fautif. Telle sera l'intention de nuire au syndicat. Mais telle ne sera pas celle de se prémunir contre les grèves. On a l'impression que la Cour de cassation est gênée, prise entre deux notions qu'elle veut respecter de la même façon : la liberté syndicale et la liberté contractuelle.

Les tribunaux du fond sont plus durs, plus exigeants et sans doute plus près de la réalité.

Le jugement du tribunal de paix de Bordeaux est d'une parfaite concision et d'une parfaite logique. Il est logique de condamner la clause de sécurité syndicale, il est logique de dire que le patron « a le devoir de ne pas exclure un ouvrier sous le prétexte qu'il appartient

(21) Civ., 22 juin 1892, D.P. 1892.444, précité.

à un syndicat ». « Aucun privilège fût-ce au profit du syndicat le plus digne d'intérêt », mais, « ne pas ruiner la loi de 1884 ». Au fond, nous ne sommes pas loin de penser que c'est la seule décision à avoir placé le problème sur son vrai terrain : celui de la liberté du travail (qui est différente de la liberté syndicale). Il est certain en effet, que si, comme le tribunal civil de Bordeaux (22) ou comme les juges de Lille (23) ou d'Epernay (24), on introduit la notion de liberté contractuelle on fausse le problème, et on aboutit à une solution moins nette. La mise en balance de ces libertés dont on dit qu'elles sont également respectables (25) — ce qui est certain, mais qui n'a rien à faire ici — conduit alors à rechercher quels ont été les mobiles de l'auteur du refus. Ce qui est source de contradictions et par là d'incertitude. Pour le tribunal civil de Bordeaux (26), « la faute se manifeste dans l'esprit de malveillance..., elle consisterait à avoir nui à autrui pour rien, pour le plaisir » et « dans le but prohibé de mettre obstacle au fonctionnement d'une institution légale ». Pour le tribunal civil de Lille (27), la faute consiste aussi à entraver le fonctionnement légal du syndicat; c'est, en effet, excéder son droit que de refuser à des ouvriers « leur embauchage pour le seul motif expressément déclaré qu'ils participent à un syndicat professionnel ». Quant au tribunal de commerce d'Epernay, il retient « que le fait de refuser de prendre un employé, un ouvrier, ou d'engager un artiste sans examen et sous le seul prétexte qu'il fait partie d'un syndicat constitue, non plus l'exercice naturel et normal d'un droit, mais un véritable abus ». Trois décisions pour qui le refus d'embaucher un ouvrier syndiqué est une faute. Mais, alors que pour les deux dernières citées, il y a faute sitôt qu'il y a refus d'embaucher le syndiqué, dans la première, la faute se manifestera « dans l'esprit de malveillance ». Entre les deux systèmes il y a beaucoup plus, croyons-nous, qu'une nuance : alors que dans un cas, il suffira d'établir que le refus d'embauchage est dû au fait que l'ouvrier est syndiqué, dans l'autre il faudra de surcroît prouver la malveillance.

L'incertitude est d'autant plus grande que chacun des systèmes contient sa propre contradiction (28). Le tribunal civil de Bordeaux fonde la responsabilité de l'employeur sur sa malveillance. Le syndicat aura donc à démontrer l'intention de nuire. Preuve difficile à établir : le Tribunal civil de Bordeaux autorise donc le syndicat deman-

(22) Toujours dans l'espèce « Syndicat des ouvriers en bois merrains ».
(23) « Chambre Syndicale des Ouvriers Typographes de Lille. »
(24) « Union Syndicale des Artistes Lyriques. »
(25) JOSSERAND, « De l'esprit des droits », *passim*.
(26) 14 décembre 1903, précité.
(27) 12 novembre 1906, précité.
(28) Sur ce point, cf. JUSTAFRE, « De l'abus du droit de ne pas contracter », Thèse, Montpellier, 1950, p. 26 et s.

deur à établir des circonstances de fait dont il induira l'intention malveillante. Mais les circonstances de fait sont celles-ci : l'employeur, après s'être engagé auprès du syndicat à n'embaucher que des ouvriers qui y seraient affiliés, décide de ne plus appliquer cette convention; or cette convention sera annulée. En d'autres termes, le Tribunal civil de Bordeaux entend déduire l'intention malveillante du patron de son refus d'appliquer une convention que ce même tribunal considère nulle... Quant aux Tribunaux de Lille et d'Epernay, leur système conduit le patron à se justifier chaque fois qu'il refuse d'embaucher un ouvrier : il faudra prouver qu'il n'a pas refusé d'embaucher un ouvrier parce qu'il était syndiqué, mais parce qu'il était trop jeune ou malhabile, ou qu'il n'y avait pas de place pour lui. Une telle jurisprudence est une mine à procès...

La raison de toutes ces contradictions est évidente : c'est la tentative de conciliation de la liberté contractuelle avec la liberté syndicale. Sitôt en effet que l'on tente de les concilier — alors que ces deux notions sont inconciliables parce que situées sur des plans différents — on aboutit à la domination de l'une par l'autre. Il ne peut y avoir d'équilibre possible. La Cour de cassation s'en est-elle rendu compte et a-t-elle voulu donner le pas à la liberté contractuelle sur la liberté syndicale lorsqu'elle a rendu son arrêt « Syndicat des Artistes musiciens de la Ville de Nice » (29) ? Déjà, dans cette espèce, la Cour d'Aix (30) avait pris ses distances par rapport aux décisions « Syndicat des Ouvriers typographes » et « Union syndicale des Artistes lyriques » et même, sans doute, par rapport à la solution de 1905 de la Cour de cassation. Certes, tant la Cour d'Aix que la Chambre civile reconnaissaient que seraient illicites le refus d'embauchage et l'exclusion d'ouvriers au motif de leur affiliation syndicale. Mais encore fallait-il que le motif de l'employeur soit « une pensée d'hostilité contre le syndicat ou le désir d'entraver son fonctionnement ». Et l'on estimait licite la clause insérée dans le contrat, et par laquelle un patron exige de ceux qu'il se propose d'employer la déclaration écrite qu'ils ne sont pas syndiqués et stipule une sanction pour le cas où ils adhèreraient ultérieurement à un syndicat. Cette décision est un retour vers des solutions nuancées nous dit, ou à peu près, M. Justafre (31). Nous ne pensons pas qu'il faille, pourtant, y voir une consécration de l'arrêt « Syndicat des Ouvriers en Bois Merrains » de 1905 et moins encore l'ultime position de la Cour de cassation en matière de refus d'embauchage. Il est troublant, en effet, que le défendeur soit la « Société fermière du Casino de Nice » et qu'elle se soit retranchée

(29) 9 mars 1915, précité.
(30) 21 décembre 1910, précité.
(31) « De l'abus du droit de ne pas contracter », p. 38.

derrière la crainte des grèves. Or, la Société fermière du Casino de Nice tient ses pouvoirs de l'acte de concession qui la lie à la Ville de Nice, et assume des charges de service public (32). Il serait bien étonnant que les magistrats ne s'en soient pas souvenus, surtout à une époque où les fonctionnaires n'avaient pas le droit syndical (33) et où la grève rompait le contrat de travail. Et puis, il est certain que cet arrêt est en totale opposition avec l'arrêt de la Chambre civile « Syndicat des Travailleurs du Bâtiment d'Halluin » (34), car il est certain que la conjugaison des solutions de ces deux décisions conduit à supprimer entièrement la liberté syndicale (35). Si le patron peut, en effet, refuser l'embauche à un ouvrier au motif qu'il est syndiqué ou si, au contraire, il peut exiger de lui qu'il soit syndiqué et à tel syndicat qu'il lui plaira d'imposer (quand bien même cela découlerait d'une entente avec un syndicat), on ruine entièrement le principe même de la liberté syndicale. Aussi comprenons-nous mal que les auteurs (36) admettent qu'il n'y ait pas de contradiction entre cette dernière décision et les deux décisions de 1938, celle de la Cour suprême et celle de la Cour de Lyon précédemment analysées (37) qui condamnent la clause de sécurité syndicale.

Pour nous, il semble que la jurisprudence a, depuis l'arrêt Joost (38), tenté d'imposer non pas la liberté syndicale — elle existe depuis la loi de 1884 — mais la neutralité syndicale (39). Le respect de la liberté syndicale par le patron s'exprime par sa neutralité (40) aussi bien quant à l'affiliation ou à la non-affiliation à un syndicat, que vis-à-vis du syn-

(32) Cf. arrêt Bottone, Req. 19 février 1896, précité, *supra*, p. 28 et s.

(33) Nous ne voulons pas dire que ces musiciens étaient des fonctionnaires. Le contrat en cause est un contrat de travail, contrat de droit privé (cf. DURAND, « Droit du Travail », T. I, n° 176, II). Mais on connaît la position du droit administratif vis-à-vis de la grève des agents du concessionnaire.

(34) 24 octobre 1916, S. 1920.1.17, précité.

(35) Nous pensons trouver la confirmation de ce que nous avançons dans cet attendu du Tribunal civil de Lille qui eut à connaître en première instance de l'affaire « Syndicat des Travailleurs du Bâtiment d'Halluin » (28 novembre 1912) : « attendu qu'il n'est pas plus interdit à un syndicat de patrons de s'entendre avec un syndicat ouvrier pour que celui-ci fournisse uniquement la main-d'œuvre nécessaire à un travail déterminé... qu'à un patron de choisir son personnel soit parmi les ouvriers syndiqués, soit parmi les non syndiqués ». Ainsi la justification de la clause de sécurité syndicale entraîne inéluctablement à autoriser le patron à ne choisir ses employés que parmi les ouvriers non syndiqués. Le souci de protection des syndiqués se retournera donc contre eux.

(36) DURAND et VITU, « Droit du Travail », T. III, n° 48. SPYROPOULOS, *op. cit.*, pp. 242-244.

(37) Civ. 9 mars 1938 et Lyon, 18 janvier 1938, précités.

(38) 22 juin 1892, précité.

(39) D'ailleurs la jurisprudence n'est pas une source de droit suffisamment importante pour *imposer* une liberté. Elle peut simplement *protéger* une liberté qui ne peut être organisée — non imposée — que par la loi.

(40) Le respect d'une liberté ne peut d'ailleurs s'exprimer que par la neutralité vis-à-vis de celle-ci.

dicat. Cela d'ailleurs est tout à fait juste puisque, en régime libéral, la liberté syndicale se compose de deux éléments : d'abord la liberté de faire ou non partie d'un syndicat, et, ensuite, si le travailleur décide de se syndiquer, la liberté d'adhérer au syndicat de son choix (41). C'est donc vis-à-vis de chacun de ces éléments que la jurisprudence a voulu imposer la neutralité, aussi bien aux patrons qu'aux syndicats. Dans une pareille construction, les arrêts de 1915 et 1916 apparaissent donc hétérogènes (42). Sans doute les explique-t-on par des considérations propres aux espèces dans lesquelles ils sont intervenus, mais ils ont tout de même ébranlé la liberté syndicale et remis bien des choses en question.

On comprend donc pourquoi nous affirmons plus haut, qu'il ne s'agit pas ici d'une lutte entre deux libertés, la liberté contractuelle et la liberté syndicale. Le problème n'est pas tant de savoir si le patron peut faire de la qualité de syndiqué une condition du contrat, mais il est de savoir si un patron peut peser sur l'option syndicale de ses salariés. La réponse est négative. Il violerait la neutralité que la loi de 1884 lui a imposé, en organisant la liberté syndicale. C'est, sans doute, ce à quoi pensait le juge de paix de Bordeaux qui fonda sa décision sur le double principe : aucun privilège pour aucun syndicat, devoir de n'exclure personne du fait de son appartenance à un syndicat.

§ 2. — Tentative de synthèse.

Le problème, en vérité, a été faussé au départ par l'insistance avec laquelle on a fait de la liberté contractuelle du patron le centre de la question, que l'on veuille la défendre ou que l'on veuille la limiter, d'ailleurs.

Il nous semble, pourtant, que l'on aurait pu chercher une autre voie qui aurait présenté le très grand avantage de convenir à d'autres hypothèses que le refus d'embauchage pour affiliation syndicale.

Certes, aurait-on pu dire, le patron est libre d'engager qui il veut, et aux conditions qu'il veut, pourvu que ce soit, comme le veut l'article 6 du Code civil, dans les limites de l'ordre public et des bonnes

(41) Cf. Durand et Vitu, *op. cit.*, T. III, p. 139 et s.

(42) Dans ce sens, voir Durand et Vitu, *op. cit.*, T. III, p. 148. « L'arrêt (il s'agit de l'arrêt de la Chambre civile du 9 mars 1915) révèle cependant une conception restrictive de la liberté syndicale. S'il protège les intérêts du groupement syndical, il néglige la liberté des individus, auxquels l'exercice du droit syndical est en fait interdit, et il permet à l'employeur de porter atteinte à une liberté fondamentale du salarié. Cette solution ne paraît plus en accord avec les solutions les plus récentes de notre droit positif. » (Notons que ces lignes sont antérieures à la loi du 27 avril 1956).

mœurs. Or, poser comme condition à un contrat la renonciation par un individu à l'exercice d'une liberté publique, est, sans doute, une condition illicite. Mais, comme l'on ne peut penser qu'il s'agisse là de la cause du contrat, plutôt que d'annuler un tel contrat, on se contentera de considérer cette condition comme inexistante. Une telle attitude justifie logiquement et juridiquement la condamnation de l'employeur au cas de licenciement de son employé pour son appartenance syndicale. Nous pensons qu'elle peut aussi justifier la condamnation de celui qui refuse un embauchage pour un semblable motif. Si nous sommes en présence, en effet, d'une condition réputée nulle dans un contrat, pourquoi ne pas considérer qu'il s'agit, au cas de proposition du contrat, d'une réserve illicite ? Elle serait ainsi tenue pour inexistante, et la responsabilité du sollicité se trouverait engagée vis-à-vis du sollicitant; il y aurait, dans une telle hypothèse, refus d'exécuter un contrat déjà formé. Nous ne nous cachons point que l'objection tirée de la notion d'*intuitus personae* est redoutable (43). Pourtant, dans un tel contrat, il est certain que la personne du cocontractant n'est pas prise seulement en considération au moment de la seule formation du contrat : elle l'est tous les jours, tout au long de l'exécution du contrat. Or, les tribunaux s'arrogent — et ce n'est pas nous qui les critiquerons — le droit de contrôler les motifs des licenciements et, lorsqu'ils estiment que le patron a commis une faute, ils le condamnent à la réparer (44). Et il est bien certain que cette réparation prend sa source dans le contrat et dans le préjudice que cause son inexécution. On voit mal pourquoi, alors, ils ne pourraient s'arroger le droit de contrôler les motifs de non-embauchage, non sur une base délictuelle, mais sur la base d'un contrat formé, et non exécuté, la condition prise de la non-affiliation syndicale étant considérée comme nulle (45).

La personnalité du demandeur aurait dû, pourtant, faciliter bien des choses. Il faut, en effet, croyons-nous, distinguer selon que le demandeur à l'action aurait été partie au contrat ou tiers par rapport à celui-ci.

(43) Cf. Planiol N.D. 1906.1.113 et ce que dit M. Roubier dans son « Essai sur la responsabilité précontractuelle », p. 130 : « Il ne faut pas perdre de vue qu'une lourde responsabilité pèse sur le patron, selon l'article 1384, et on envisage du moins en partie, cette responsabilité comme une conséquence de la liberté de son choix : il répond du fait des préposés, dont il agrège en quelque sorte les personnes à la sienne. Comment lui refuser le droit d'examiner *in specie* l'ouvrier qui se présente, de critiquer aussi bien que sa valeur professionnelle, sa conduite et son caractère ».

(44) Cf. Rivero et Savatier, « Droit du Travail », p. 464. Durand et Vitu, Droit du Travail », T. II, n° 465.

(45) On a tenté de concilier liberté syndicale et liberté contractuelle, et d'engager la responsabilité du patron sur la base de la confiance créée. Telle est essentiellement la construction du doyen Morel, *in* « Du refus de contracter opposé en

Si c'est un tiers par rapport au contrat comme dans tous les cas de la jurisprudence précitée (46), il est certain, bien sûr, qu'il ne pourra se prévaloir d'un contrat formé. Mais comment pourra-t-il plus se plaindre d'un refus de contracter ? On voit mal comment, en l'état de l'article 1165 — « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121 » — une « non-convention » pourrait nuire à ce tiers... Et il semble curieux d'opposer le principe de la liberté contractuelle pour se justifier auprès d'un tiers de n'avoir pas passé une convention qui, de toute manière, ne lui aurait pas profité : il est incontestable que si la convention n'avait pas profité au tiers, le fait de ne pas la passer ne peut lui nuire. Il nous paraît donc très important que ce ne soit pas l'une des parties éventuelles au contrat qui lance l'action, qui se plaigne d'un dommage : car le demandeur ne va pas se présenter comme le créancier en puissance d'un contrat à conclure; il ne peut pas non plus se présenter comme la victime d'un dommage que lui causerait le refus de conclure un contrat puisque ce contrat ne lui aurait pas profité. Il ne pourra se présenter que comme la victime d'une violation de la loi, d'une contravention à la neutralité que chacun doit observer en matière syndicale. Notion qui explique aussi bien la sanction du refus d'embauchage que la prohibition des clauses de « sécurité syndicale ».

Cette idée de neutralité obligatoire n'est d'ailleurs pas le propre du problème de l'affiliation syndicale.

raison de considérations personnelles », R.T.D.C. 1908, p. 289. Partant du principe qu'il faut distinguer selon que l'auteur du refus est en état d'offre ou a seulement fait une invitation à faire des offres, il retient que le patron se trouve dans cette deuxième situation, et que deux cas alors peuvent se présenter. Ou bien le patron a pris soin d'indiquer les conditions auxquelles il embauchera. Rien ne lui interdit alors « de faire connaître qu'il n'embauchera pas des ouvriers syndiqués. Sans doute... le syndicat pourra intenter une action en responsabilité contre le patron ; mais cette action sera fondée sur la mise à l'index dont le syndicat est l'objet. Au contraire les syndiqués pris individuellement... ne seraient pas recevables à réclamer des dommages-intérêts » sauf si une désignation personnelle et une certaine publicité donnée à leur nom leur a causé un préjudice. Ou bien, et c'est le deuxième cas, le patron n'a émis aucune condition préalable à l'embauchage. Dans ce cas, il a permis alors de croire raisonnablement que les pourparlers s'engageraient sur des bases normales, créé une certaine confiance. On peut donc songer à fonder sa responsabilité, non sur un engagement qu'il aurait pris en émettant une offre, mais sur ce fait qu'en invoquant des considérations personnelles d'intérêt plus que secondaire, il a trompé la confiance légitime qu'il avait fait naître chez tous ceux auxquels il s'est adressé. M. Roubier, Thèse précitée, p. 131 et s. a critiqué à bon droit cette construction qui justifie toutes les malveillances et toutes les insultes sitôt que le patron indique bien à l'avance les restrictions qu'il fera. Mais pourquoi s'arrêter au mobile illégitime ? Parce que « on ne peut évidemment accepter le principe du contrat *forcé* » (Roubier, *op. cit.*, p. 135). Mais s'il s'agit d'un contrat *formé ?*

(46) Les hypothèses de licenciement étant mises à part.

Il est d'autres hypothèses où certaines qualités de la personne — indépendamment de son aptitude à l'emploi — entrent en jeu (47), et pourtant l'employeur ne peut pas les discuter ni en faire une condition du contrat. En matière d'opinion politique, la jurisprudence est peu abondante, assez hésitante, et concerne des hypothèses de licenciement. Il est notable que si elle considère que n'est pas abusif le licenciement d'un travailleur à raison de ses activités coupables pendant l'occupation (48), par contre est abusif le licenciement d'animateurs de colonies de vacances qui se refusaient à donner à celles-ci l'orientation politique que souhaitait le comité d'entreprise (49). Peut-on conclure que ce qui est condamnable en matière politique et au regard du droit du travail, ce sont les activités du sujet considéré et non ses opinions ? Nous sommes enclin à le penser, car nous retrouvons la même distinction entre les activités syndicales abusives à l'intérieur de l'entreprise — qui justifient le licenciement — et la simple affiliation syndicale qui rend le licenciement incorrect (50). Il serait donc très certainement impossible — la Constitution est là qui le rappelle — de refuser l'embauchage à un sollicitant à raison de ses opinions politiques. On notera aussi qu'il a été jugé que l'erreur sur l'état civil n'est pas constitutive d'erreur sur la personne, non plus que l'erreur sur la religion (51). De même a été qualifié d'abusif le congédiement d'un ouvrier à raison de son état sacerdotal (52). Certes, comme le fait remarquer M. de Naurois (53), les « décisions ne sont pas très éclairantes ». Du moins, peut-on en conclure que la qualité de prêtre ne constitue pas une faute de l'ouvrier envers le patron, non plus sans doute que sa dissimulation lors de la conclusion du contrat. Tout cela semble être indifférent. L'employeur doit conserver vis-à-vis de ces éléments une neutralité parfaite. En matière d'affiliation syndicale, le problème est donc semblable, et la neutralité que la loi impose à l'employeur, c'est d'être indifférent à la qualité de syndiqué.

(47) Cf. Roubier, *op. cit.*, pp. 130 et s., et les références.

(48) Trib. comm. Seine, 5 novembre 1946, J.C.P. 1947, 2e éd., C.I. 3575.

(49) T.C. Seine, 9 janvier 1953, J.C.P. 1953.II.7718, N. Brethe de la Gressaye.

(50) La jurisprudence en matière de licenciement, motif pris de l'affiliation ou de l'activité syndicale est abondante, cf. Brethe de la Gressaye V° Syndicat *in* Encyclopédie Dalloz et les références. Le problème est rendu plus aigu par le fait que les « délégués syndicaux » n'ont pas à l'intérieur de l'entreprise une protection équivalente à celle des délégués du personnel, par exemple, cf. Soc. 24 janvier 1957, Bull. IV, n° 85, p. 57.

(51) Besançon, 5 juillet 1899, D. 1900.2.45, S. 1903.II.177, N. Wahl, Req. 17 janvier 1911, D. 1911.5.61.

(52) Cf. L. de Naurois, « La liberté religieuse », R.T.D.C. 1962, p. 249. P.D., « La situation juridique du prêtre ouvrier », Droit social, 1951.87 rapportant une décision du Conseil des Prud'hommes de Paris et Coulombel, « Le Droit privé français devant le fait religieux », R.T.D.C. 1956.I, citant un jugement du Conseil des Prud'hommes de Nancy du 30 mars 1954.

(53) *Eod. loc.*

Cette neutralité obligatoire de l'employeur, nous la retrouvons lorsque le demandeur à l'instance est le sollicitant.

Nous démontrerons qu'il n'y a pas, en principe, de responsabilité du sollicité lorsque celui-ci n'a pas émis d'offre (54). Mais le patron émet une offre de travail, soit par annonces dans un journal, soit par placard sur sa devanture, soit encore qu'il dispose d'une organisation telle qu'il embauche avant chaque séance de travail (comme les entreprises d'acconage, ou les mandataires aux halles) ; il peut être sollicité, mais il est incontestable qu'il est offrant. On ne peut pas admettre qu'il assortisse son offre d'une condition illicite. Cette offre, qui, après l'acceptation, deviendra le contrat, doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si donc l'éventuel partenaire parvient à prouver que son acceptation était conforme à l'offre émise, mais pas à la condition illicite, on peut considérer que le contrat s'est formé et que le demandeur à l'instance est victime de l'inexécution du contrat. Cette solution est d'ailleurs conforme aux solutions du Droit du travail. On sait en effet que la clause illicite n'entraîne la nullité de l'ensemble de la convention que si elle avait déterminé le consentement des parties. En règle générale on se borne à lui substituer l'application de la règlementation qu'elle tendrait à écarter (55).

Sans doute serait-il difficile d'établir que le refus d'embauchage viole un obligation de neutralité, qu'il est en définitive un licenciement abusif, parce que jamais le patron — sauf de très rares cas — ne motivera exactement son attitude. Mais nous pensons que tout motif « abusif » de licenciement peut se retrouver comme motif de non-embauche : ainsi, par exemple, et en plus des cas que nous venons d'énoncer, le problème du mariage des hôtesses de l'air.

On sait qu'en principe, la vie privée des employés est sans incidence sur le contrat de travail (56). Mais certaines compagnies aériennes ont estimé qu'il existe une incompatibilité entre le métier d'hôtesse de l'air et une vie de famille normale. Les unes contestent à leurs hôtesses le droit de devenir mères (57) : elles doivent démissionner sans délai ou tout au moins demander leur mutation à un poste à terre. D'autres, plutôt que d'avoir à résoudre des problèmes

(54) Cf. *infra*, 2e Partie, Titre Ier, Chapitre 2.

(55) Cf. Savatier et Rivero, « Droit du Travail », p. 426.

(56) Encore faut-il qu'il n'y ait pas une trop grande opposition entre la façon de conduire sa vie privée et les exigences du service. Cf. T.C. Alger, 9 juin 1927, S.J. 1927-1929 et les références citées par MM. Despax, Savatier et Mlle A.M.G. à leur note sous Soc. 9 janvier 1963.351. Cf. aussi Soc. 11 mars 1964, J.C.P. 1964. 13678 pour qui n'est pas abusif le licenciement d'un représentant de commerce condamné pour proxénétisme.

(57) Cf. Soc. 16 janvier 1963, Droit social, 1963, p. 350 avec une N. Despax, J. Savatier et Mlle A.M.G.

d'affectation au moment de la grossesse, se refusent à engager des femmes mariées et licencient celles qui convolent en cours de contrat. Or, comme le fait remarquer la Cour de Paris (58), « de même que l'état de mariage n'amène pas nécessairement la maternité, de même le célibat n'exclut pas nécessairement celle-ci » : la compagnie qui ne licencie pas la mère célibataire est donc amenée à la mieux traiter que la légitime épouse, ce qui est pour le moins curieux. La Cour de Paris a donc considéré cette clause comme nulle, ce qui ne peut qu'être approuvé (59).

Il est bien des hypothèses — en matière de libéralités, par exemple (60) — où la clause de célibat est prise en considération. Mais cette solution ne peut être étendue au contrat de travail où « elle aurait une incidence patrimoniale beaucoup plus grave que celle qui concerne une libéralité, car la violation qui en serait faite n'aurait pas pour conséquence une simple perte de gain, mais un dommage véritable, résultat de la privation de l'emploi du travailleur » (61). On doit donc tenir pour certain que le mariage ne peut être l'objet d'une clause annexe d'un contrat. Certains ne sont pas de cet avis (62). Il est vrai que la Cour de Paris laisse une porte ouverte, qui motive « la liberté du mariage doit en principe être sauvegardée, et à moins de nécessité impérieuse, une clause de non-convol doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité » et qui recherche en l'espèce « des raisons graves et péremptoires exceptionnellement susceptibles de la légitimer ». S'agit-il là, seulement, d'une « fausse fenêtre » dessinée par goût de la symétrie pour reprendre l'expression de M. Voirin (63) ? Existe-t-il vraiment des métiers — nous allions écrire des sacerdoces — exigeant des femmes qui les font le célibat ? Pour notre part, les exemples qu'on a pu en donner (64) ne nous ont point convaincu, et nous aurons

(58) Cf. Paris, 30 avril 1963, D. 1963.428, N. Rouast, « Droit social », 1963.483, N. Morellet, S. 1963.175, N. Toulemon.

(59) On remarquera d'abord que cet arrêt, rendu le 30 avril 1963 par la Cour de Paris, a constitué un revirement de la jurisprudence de cette Cour. Celle-ci, en effet, le 4 octobre 1961 (D. 1965.213) avait pleinement admis la validité de la clause de célibat insérée dans le contrat liant une assistante sociale rurale à une mutualité agricole. On regrettera ensuite que la Cour de cassation, qui a censuré cet arrêt du 4 octobre 1961 par un arrêt de sa Ch. Soc. du 27 avril 1964 (D. 1965. 213, N. Rouast) ait statué sur une question de tacite reconduction et non sur la validité de la clause. Cf. Nerson, R.T.D.C. 1966, p. 68.

(60) Et encore faut-il bien nuancer et prendre en considération les motifs qui ont poussé le donateur. M. Despax dans son article, « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », J.C.P. 1963.1776, n° 11, exclut d'ailleurs « toute analogie abusive » entre les rapports contractuels de droit privé à titre onéreux, et les libéralités.

(61) Rouast, note précitée.

(62) Cf. Voirin, Chronique au Dalloz 1963, p. 247.

(63) Chronique précitée, critiquant Despax, J.C.P. 1963.I.1776, précitée.

(64) Voirin, chronique précitée.

plutôt tendance à voir dans cette motivation le souci de ne pas prendre trop systématiquement le contre-pied de la jurisprudence concernant les clauses de célibat insérées dans les libéralités (65).

Il semble donc qu'en matière de contrat de travail, l'état matrimonial doive être indifférent à l'employeur. Il n'a pas à se faire juge des « prétendues incommodités qui résultent pour le foyer » de la conjonction du mariage et de l'exercice d'une profession (66). Il ne peut poser comme condition que l'employé éventuel doive être célibataire et doive le rester à peine de perdre son emploi, non plus qu'il ne peut poser comme condition qu'il doive ne pas être syndiqué.

*
**

Concluons : quel est l'avantage offert par cette obligation de neutralité ?

Les explications habituellement données du refus d'embauchage opposé pour raisons personnelles (pour reprendre l'expression de Morel) sont, nous l'avons dit, des explications qui cherchent un point d'équilibre entre la liberté contractuelle et la liberté syndicale.

Les uns ont essayé de découvrir à travers la jurisprudence la justification de l'existence d'un refus fautif de contracter. Nous avons vu que cette jurisprudence n'est pas unitaire et qu'elle constitue un tissu de contradictions.

Pour d'autres, « s'il ne paraît pas possible de concevoir une responsabilité de l'employeur envers le syndiqué auquel l'embauchage est refusé, le problème se pose d'une manière différente dans les rapports de l'employeur et du syndicat. Le refus systématique d'embaucher les membres du syndicat compromet le recrutement du groupement et lui cause un préjudice. Ce n'est pas le refus de conclure un contrat, mais l'hostilité envers le syndicat qui peut constituer une faute » (67).

Les deux explications sont, en définitive, aussi peu satisfaisantes l'une que l'autre, et si elles protègent les intérêts du groupement syndical, elles négligent la liberté des individus auxquels l'exercice du droit syndical est en fait interdit; l'employeur porte ainsi impunément atteinte à une liberté fondamentale du salarié... De surcroît, ces explications sont nécessairement fragmentaires, et nécessitent de

(65) Plutôt que celui de ne pas « s'enfermer dans une formule trop rigide qui pourrait un jour peut être gêner la jurisprudence » en matière de droit du travail comme le pense M. Despax dans sa chronique au J.C.P. 1963.1776 précitée ; la critique de cette opinion a d'ailleurs était faite par M. Voirin à sa chronique précitée du D. 1963, p. 247.

(66) Paris, 30 avril 1963, précité.

(67) Durand, T. III, p. 146.

nouvelles constructions pour d'autres libertés, comme la liberté religieuse, ou la liberté matrimoniale : on imagine mal un groupement agissant dans ces derniers cas pour défendre son intérêt lésé... Enfin, rechercher un point d'équilibre entre la liberté contractuelle d'une part, et la liberté syndicale, religieuse, politique, matrimoniale de l'autre, ne peut donner qu'une vue très fausse des réalités.

Il faut donc, croyons-nous, poser en principe que certaines qualités résultant de l'exercice d'une liberté légalement organisée et juridiquement protégée, ne peuvent être posées en condition à un contrat de travail. Un patron manquerait à la neutralité dont la loi lui fait un devoir s'il refusait d'embaucher un individu qui présenterait une telle qualité.

Au plan pratique, on distinguera donc selon la personnalité du demandeur au procès.

Si celui-ci est le sollicitant éconduit, il ne faut pas le traiter autrement que le demandeur en licenciement abusif, puisque c'est de l'inexécution d'un contrat correctement formé qu'il se plaint. Il n'est évidemment pas possible d'admettre que la réparation soit l'exécution forcée du contrat, c'est-à-dire l'embauchage (68). Elle se résoudra en dommages-intérêts, le juge s'inspirant des règles régissant l'indemnité pour congédiement abusif (69).

Si le demandeur est un tiers par rapport au contrat — c'est-à-dire le plus souvent un syndicat (70) — c'est en général une violation de la loi qu'il invoquera (71). On ajoute, d'ailleurs, le plus souvent, que « le refus systématique d'embaucher les membres du syndicat compromet le recrutement du groupement et lui cause un préjudice » (72). Cette explication est exacte, mais incomplète. D'abord, il faut préciser qu'il s'agit d'un préjudice moral : à raison même du

(68) On connaît la répugnance qu'a la jurisprudence à ordonner la réintégration d'un employé licencié.

(69) Cf. sur ce point, DURAND et VITU, T. II, n° 478, RIVERO et SAVATIER, p. 468. Remarquons une chose : le licenciement pour affiliation à un syndicat est dit abusif alors que le licenciement d'un individu pour ses activités syndicales peut ne pas engager la responsabilité du patron lorsqu'elles sont incorrectes. Pourquoi ? C'est qu'en fait, il existe aussi à la charge de l'employé une obligation de neutralité ; s'il la viole, il commet une faute vis-à-vis de son employeur et celui-ci est en droit de mettre fin au contrat de travail. Il est inexact, croyons-nous, de parler alors de licenciement abusif lorsque celui-ci est motivé par la simple affiliation syndicale. C'est de licenciement fautif qu'il faut parler.

(70) Sur l'action des syndicats voir DURAND et VITU, T. III à partir du n° 114.

(71) On aurait pu penser qu'on se trouverait ici plus en présence d'une fraude à la loi que de sa violation, le refus d'embaucher un ouvrier syndiqué en effet, se présentant comme une manœuvre destinée à mettre en échec les lois sur la liberté syndicale. Pourtant l'analyse de l'obligation pesant sur l'employeur en une obligation de neutralité doivent conduire à rejeter cette idée (sur la notion de fraude voir VIDAL, « Essai d'une théorie générale de la fraude », Thèse, Toulouse 1955).

(72) DURAND et VITU, T. III, n° 46.

but du syndicat on ne peut parler d'un préjudice matériel causé par la diminution des cotisations. Ensuite, elle exige que le refus du patron soit systématique, créant une sorte de délit civil d'habitude, qui n'est en définitive guère protecteur de la liberté syndicale. Enfin, elle ne justifie pas l'action du syndicat dans des refus d'embauchage pour des motifs autres que l'affiliation syndicale : ainsi, peut-on se demander si nous ne sommes pas plutôt en présence d'une action à caractère pénal (73), idée que ne peut que confirmer l'intervention de la loi du 27 avril 1956. Ce texte a placé le problème dans son véritable cadre en interdisant, dans l'article I-*a*, du Livre III du Code du Travail, à l'employeur de prendre en considération, au moment de l'embauchage, l'appartenance à un syndicat « ni d'employer un moyen de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale quelconque ». Les dispositions de l'article 55, dispositions pénales, ne sanctionnent pas un refus de contracter mais bien la violation de ce devoir de neutralité (74).

(73) Sur la pénalité et le refus de contracter, voir Roubier, *op. cit.*, p. 136.

(74) Il faut noter ici que les syndicats emploient une arme voisine du refus d'embauchage : la mise à l'index. Nous en avons parlé (cf. *supra*) à propos de l'affaire Joost, cet ouvrier que le syndicat avait interdit aux patrons d'embaucher sous menace de grève. Le syndicat peut aussi mettre un patron à l'index, et faire défense aux syndiqués de travailler chez lui. Il s'agit d'une arme puissante. Le patron subira un grave préjudice moral (une auréole de turpitude sociale l'enveloppera) et matériel (il ne pourra recruter de personnel qu'au prix de très grandes difficultés). Mais si la mise à l'index entraîne la responsabilité syndicale lorsqu'elle a pour motif la non-adhésion au syndicat, par contre les syndicats sont dans leur droit lorsque la mise à l'index a pour but l'amélioration des conditions de travail (sur la mise à l'index voir : Rivero et Savatier, p. 53, Mazeaud et Tunc, T. I, n° 590-2, Planiol, Ripert et Esmein, T. VI, n° 588).

TITRE II

LA LOI PENALE ET LE REFUS DE CONTRACTER, MANIFESTATION DE LA LIBERTE COMMERCIALE

L'intervention de la Loi pénale dans les rapports vendeur-acquéreur se présente, en notre matière comme un moyen de pression, le législateur ayant pour but l'approvisionnement de ses peuples.

Le premier moyen connu a été l'établissement d'une taxe. Une médecine symptomatique somme toute. Les prix montent-ils trop ? On les bloque autoritairement. La technique est ancienne, la méthode connue : déjà Dioclétien, en 301, par Edit du Maximum, fixait les prix de très nombreux produits, ainsi que le tarif des salaires, et allait jusqu'à punir de mort l'inobservation de ces prescriptions (1).

L'amélioration du système consiste à empêcher l'accaparement des denrées, ce que nous appellerons la « spéculation par refus de vente » (2). Ainsi, sous l'Ancien Régime, rouait-on de temps en temps quelques trafiquants...

C'est sous la Révolution que la technique s'est vraiment perfectionnée, puisque l'on a su combiner et la taxation et la poursuite des

(1) J. IMBERT, « Le droit antique », p. 76. IMBERT, SAUTEL et BOULET-SAUTEL, Histoire des institutions et des faits sociaux ». Textes et documents, pp. 221 et 215-220.

(2) TOULEMON, « La spéculation par refus de vente », Rev. Trim. Dr. Com., 1961, p. 1.

accapareurs (3). Car rien ne sert de taxer un produit si son détenteur peut ne pas le vendre en espérant des temps meilleurs, et rien ne sert de forcer les gens à mettre leur production en vente, s'ils peuvent le faire à n'importe quelles conditions.

L'idéal, en un mot, est que les mécanismes économiques fonctionnent, et qu'ils fonctionnent bien.

Seulement, dès que l'on cherche à intervenir dans ce fonctionnement il est certain que l'on fausse leur jeu. Et les procédés qui cherchent à éviter que le circuit économique ne soit la proie de quelques particuliers qui y imposent leur volonté, conduisent insensiblement l'Etat à imposer la sienne, dans la plupart des domaines.

Dictature des monopoleurs, ou dictature économique de l'Etat, telle est, semble-t-il, l'alternative offerte aux mécanismes économiques.

Ceci fut particulièrement visible après la seconde guerre mondiale. Jusque-là, la puissance publique se contentait d'intervenir de façon plus ou moins profonde dans certains secteurs de l'économie, mais toujours de façon temporaire. La première guerre mondiale, puis la crise de 1929 (suivie des gouvernements de Front Populaire et de leur politique de socialisation) avaient déjà habitué les esprits à une mainmise de l'Etat plus complète sur la vie économique. La guerre de 1939-1945 et l'extraordinaire pénurie qu'elle entraîna d'une part, puis les impératifs de la remise en ordre du pays, allaient contraindre l'Etat à n'être plus seulement pareil à cet agent de police qui à un carrefour règle la circulation de véhicules dont il ignore le but et le contenu, mais à se transformer en cet agent de la S.N.C.F. qui aiguille en toute connaissance de cause les wagons qui lui sont confiés.

D'un interventionnisme intermittent on était passé à un dirigisme total.

Cette forme d'action fit qu'il était impossible que l'Etat reprenne sa fonction primitive de gendarme bon enfant, et les mesures d'après-guerre sont peut-être une tentative de retour au libéralisme, mais en tout cas il s'agit d'un libéralisme contrôlé...

La mesure la plus curieuse est ce décret de 1953, repris après son annulation par cet autre décret de 1958 qui vient modifier cette ordonnance bien connue du 30 juin 1945 sur les prix.

Dans sa rédaction première (c'est-à-dire dans celle des lois des 21 octobre 1940 et 8 juin 1943 dont elle ne fait que reprendre la matière), cette ordonnance assimile à une hausse illicite des prix le

(3) Il est vrai que c'était une époque de prompte — sinon bonne — et efficace justice. Les lois du maximum ont peut être été sévères. Il est certain qu'elles constituaient de bonnes armes. (Quant à savoir l'utilisation qui en fut faite...)

fait, pour un commerçant, de refuser de vendre des marchandises qu'il détient et qui font l'objet de mesures de taxation. C'est une technique classique et qui avait déjà fait ses preuves.

Différent d'inspiration est le texte de 1958 : sera poursuivi pénalement tout commerçant... qui refusera de vendre l'objet de sa production ou de son négoce à qui le sollicitera. Là, le but est d'empêcher des fraudes à la taxe. Ici, il est de faire régner entre les détaillants une concurrence souhaitable pour parvenir à une fixation naturelle des prix à un niveau bas. Dans le premier cas, c'est le détaillant qui est le prévenu en puissance, dans le second, c'est le fabricant. Mais dans les deux, c'est le consommateur que l'on cherche à protéger (4).

Comment cette protection s'effectue-t-elle réellement et quelle est son influence sur le problème du refus de contracter c'est ce que nous verrons successivement dans deux chapitres :

CHAPITRE PREMIER : *L'intervention contre la liberté.*

CHAPITRE II : *L'intervention au secours de la liberté.*

(4) Sur l'évolution législative et jurisprudentielle quant à la pratique du refus de vente, voir GEORGEACOPOULOS, « Le refus de vente », Thèse, Paris 1964, préface de M. LEVASSEUR.

CHAPITRE PREMIER

L'intervention contre la liberté.

Une grande partie de nos principes de philosophie politico-juridique remonte à la Révolution de 1789. Nous ne nous étonnerons donc pas de devoir le point de départ de notre étude à la loi des 2 et 17 mars 1791, proclamant la liberté du commerce et de l'industrie. Cette notion, est-il besoin de le rappeler, est une des composantes du libéralisme; et sans être de ces idées pour lesquelles on meurt sur les barricades (1), c'est un des principes moteurs de toute la société du XIX^e^ siècle.

Le libéralisme, on le sait, n'est synonyme ni d'anarchie, ni de désordre. Aussi pour les prévenir, en même temps que l'on prévoyait la libéralisation de certaines activités, s'empressait-on de comprendre dans le pouvoir de police du maire, celui de taxer les denrées essentielles à la vie du Français : le pain et la viande. Les maires ne se privèrent pas de cette possibilité et limitèrent la liberté pour certains de leurs administrés de spéculer sur la faim de certains autres. Mais qui dit taxation dit tentation, et qui dit tentation dit péché... On élabora alors un système répressif en se souvenant tout de même que le XIX^e^ siècle était le siècle de la liberté (Section I). On était loin alors de penser que quatre-vingts ans plus tard, un législateur pourrait reprendre ces idées et les perfectionner...

Ce n'est qu'après avoir étudié ces perfectionnements du système que nous pourrons tirer une leçon en la matière qui nous occupe (Section II).

(1) Ceux qu'elle concerne sont plutôt de ceux qui profitent des barricades que de ceux qui les dressent.

Section I

TAXATION ET LIBERALISME

Concilier les exigences de la taxation, et les conséquences de l'esprit libéral, tel fut donc le problème qu'eurent à résoudre auteurs et magistrats du siècle dernier. Les données législatives tenaient en deux séries de textes : d'un côté, la loi des 2 et 17 mars 1791 instaurant la liberté du commerce et de l'industrie et l'article 1134 du Code civil exaltant la liberté des conventions; de l'autre, une loi des 17 et 29 juillet 1791 d'où les maires tiraient le pouvoir de taxer le pain et la viande, et de contraindre les bouchers et les boulangers à avoir leurs magasins approvisionnés de façon telle qu'ils soient toujours en mesure de satisfaire un client.

Les autorités administratives estimaient que ces détaillants pouvaient se trouver en contravention de trois façons : soit en ayant des boutiques insuffisamment approvisionnées, soit en vendant à un prix supérieur à la taxe, soit en refusant purement et simplement de vendre une marchandise taxée. C'est de cette troisième incrimination que naquit le problème.

Poursuivis, les contrevenants invoquèrent en effet le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : il ne les autorisait certes pas à vendre à un prix supérieur à celui de la taxe, mais du moins permettait-il de ne pas vendre du tout. La Cour de cassation n'admit pas cette façon de voir (§ 1) ; certains magistrats municipaux tentèrent alors d'utiliser cette jurisprudence pour contraindre d'autres commerçants à certaines prestations. Nous verrons quelle fut la réaction de la Cour suprême (§ 2).

§ 1. — La répression des fraudes à la taxe.

Le premier arrêt par lequel la Cour de cassation posa en principe que refuser de vendre une marchandise taxée équivalait à la vendre à un prix supérieur à celui de la taxe, fut rendu le 20 juin 1846 (2). Il casse une décision relaxant deux boulangers qui avaient refusé de vendre du pain, « parce que le prix de la taxe n'était pas assez élevé, et qu'ils se trouvaient forcés de renoncer à en fabriquer ». Les faits étaient constants. Pourtant, le tribunal de police saisi avait relaxé pour deux motifs. D'une part, disait-il, aucune disposition administrative ne règlemente la profession de boulanger dans la commune

(2) Crim., 20 juin 1846, D.P. 1846.4.44.

en question; les prévenus, donc, « sont placés dans les limites du droit commun, et ont le libre exercice de leur profession », n'ayant pour seule obligation que de respecter la taxe. D'autre part, il posait en principe « qu'un arrêté sur la taxe du pain ne peut, en l'absence d'un règlement établi et reconnu, imposer aux boulangers d'une manière implicite, l'obligation de vendre du pain à toute réquisition », et ajoutait que l'arrêté municipal en cause ne contenait aucune disposition de ce genre.

La Cour de cassation fit justice de cette argumentation, et précisa bien que l'arrêté municipal imposait la vente du pain à la taxe. Ce qui, pour elle, signifie qu'il contient une double obligation : celle de vendre et celle de vendre à la taxe.

Très peu de temps après, un arrêt de la Chambre criminelle (3) allait, en termes non susceptibles d'équivoque, préciser cette position : « Attendu que le droit de refuser du pain au consommateur au prix de la taxe neutraliserait l'effet de la taxe plus souvent que le droit de vendre au-dessus du prix qu'elle détermine, puisque le refus du boulanger d'accepter ce prix aurait toujours pour résultat nécessaire de forcer le consommateur à élever ses offres jusqu'à ce qu'il eût triomphé de la cupidité et de la résistance du vendeur, ce qui mettrait ainsi, pour un aliment indispensable à la vie, le consommateur à la merci du boulanger. »

Cette jurisprudence, logique, dut porter ses fruits puisqu'on trouve peu d'arrêts de la Cour suprême en la matière, sinon dans le sens que nous venons d'indiquer (4).

De cette rareté, il faut pensons-nous déduire deux choses : d'une part, les boulangers ont dû comprendre leur double obligation de vendre du pain et de le vendre à la taxe; d'autre part, ceux qui, contrevenants, ont été condamnés ont dû accepter leur condamnation tant paraissait ferme la jurisprudence de la Cour de cassation.

C'est que les boulangers n'étaient pas les seuls à voir leur marchandise taxée (et par là, à vouloir tourner la taxe) : les bouchers, nous l'avons dit, partageaient avec eux ce privilège et ils furent poursuivis avec autant d'énergie (5).

Il ne faut pas en conclure que la répression était aveugle et sans nuance; on trouve des décisions de relaxe particulièrement intéressantes quant à leurs motifs.

(3) Crim., 13 juillet 1847, D.P. 1847.4.48 ; S. 1847.I.752.
(4) Crim., 12 mai 1854, S. 1854.I.500.
(5) Crim., 2 août 1856, D.P. 1856.I.379.

§ 2. — Les limites de la répression.

La première limite admise par la Chambre criminelle fut ce que l'on a appelé depuis « le caractère anormal de la demande du consommateur » (6) et cela à l'occasion des faits suivants (7). Un boucher ayant une certaine viande à son étal, une ménagère en acceptait la qualité, mais désirait un morceau pris dans un quartier non encore entamé : le boucher refusa et la Cour de cassation eut à se prononcer. Elle commença par renouveler la déclaration de principe faite dans son arrêt du 13 août 1847 (8) (et pratiquement dans les mêmes termes, fustigeant ce refus qui met le consommateur à la merci du commerçant) ; puis elle déclara que les faits reprochés au prévenu ne présentaient point « les caractères d'un refus de vente... ; que n'intéressant en rien l'ordre public ils ne peuvent sous aucun rapport être assimilés à un acte de vente au-dessus de la taxe » et en conséquence approuva la décision de relaxe.

Ainsi, la Chambre criminelle admettait que le détaillant n'était tout de même pas soumis, sans recours, aux caprices de ses clients (9) et que l'assimilation à la vente à un taux prohibé n'est pas sans limite.

Ceci étant admis, un pas supplémentaire fut franchi ; et l'on considéra que le commerçant pouvait justement se refuser à vendre sa marchandise, s'il était mû par un motif différent que celui de tourner la taxe.

Telle est la solution donnée par la Chambre criminelle dans son arrêt du 11 janvier 1889 (10) : une boulangère avait interdit l'entrée de son magasin à une cliente « non pour se soustraire à l'application de la taxe, mais pour des motifs de convenance personnelle » (11) ; on admit « qu'une telle interdiction ne peut être considérée comme un refus de vente de pain au prix de la taxe » mais que, au contraire, « elle constitue le légitime usage d'un droit consacré au

(6) Cette notion prendra en effet, une importance considérable dans le décret de 1953-1958.

(7) Crim., 26 avril 1861, D.P. 1861.I.503.

(8) D.P. 1847.4.48, précité.

(9) La situation de ces détaillants n'était pas très favorable. Outre l'obligation de vendre au prix de la taxe ils étaient tenus de tenir leurs magasins approvisionnés et cela quand bien même l'abattage de la veille eût été conforme aux prévisions normales (Cass. 12 juin 1856, S. 1856.I.840) ou que, le boulanger ayant vendu toute la journée, l'heure (20 heures 30) serait tardive (Cass. 20 juillet 1854, S. 1854.I.737).

(10) D.P. 1889.I.222.

(11) Ces motifs étaient tellement personnels que l'on admit même que le prévenu ne s'en expliquât point devant le Tribunal. Cf. rapport du conseiller rapporteur sous Crim., 11 janvier 1889, précité, *in* S. 1889.I.91, *in fine*.

profit des boulangers comme de tous autres marchands par l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie ».

Cette dernière décision est importante à un double point de vue : d'une part, parce qu'elle est une de celles qui ont cru pouvoir placer le problème du refus de vente sur le terrain de la formation du contrat et faire du principe de la liberté du commerce un étai de celui de la liberté de contracter; d'autre part, parce qu'elle consacrait une conception très étroite de l'obligation de vendre à la taxe et que, nous semble-t-il, il y avait là un renversement presque total de l'optique. Alors que — sans omettre les décisions déjà analysées — certaines décisions avaient pu estimer qu'était en infraction le boulanger qui, invoquant qu'une nouvelle fournée cuisait, avait offert à l'acheteur d'attendre quelques minutes (le pain étant sur le point d'être cuit) (12), ici on prenait en considération les convenances personnelles, quand bien même celui qui les invoquait ne pouvait s'en expliquer en public.

Cette complaisante appréciation des motifs du sollicité doit tout de même nous rappeler que la taxation était considérée comme une mesure exceptionnelle, et que, en son absence, la justice pénale était incompétente.

Nous en avons un exemple avec cette décision (13) qui relaxe trois boulangers prévenus d'avoir refusé de vendre leur marchandise. En l'espèce, le plaignant était un aubergiste d'Ennezat qui avait pour habitude de se fournir en pain dans deux localités voisines et de le revendre dans son village dix centimes de moins que les cours pratiqués par les trois boulangers locaux. Ayant un jour manqué de pain, il tenta de se fournir chez chacun de ces commerçants qui refusèrent tout net. Procès-verbal dressé par la gendarmerie, le tribunal de police fonda sa décision sur le triple motif que la loi ne qualifie pas contravention leur refus, que la boulangerie est libre et qu'il est de jurisprudence constante qu'un « boulanger a le droit, lorsque ce n'est pas pour se soustraire à l'application de la taxe, mais pour des motifs de convenance personnelle, de refuser de vendre du pain à une personne déterminée, et même d'interdire à cette personne l'accès de son magasin; que c'est là l'usage d'un droit appartenant aux boulangers comme aux autres commerçants et qui dérive de la liberté du commerce en même temps que de la liberté du domicile ».

(12) Cass. 21 janvier 1853, S. 1854.I.337. Pour être tout à fait précis il s'agit là d'une contravention aux règlements enjoignant aux boulangers d'être toujours approvisionnés, règlements qui allaient de pair avec la taxation et dont la sanction émanait du même esprit.

(13) Trib. Police Ennezat, 1er octobre 1897, S. 1897.2.223.

Cette décision est claire : lorsqu'une marchandise n'est pas taxée, ou lorsque le commerçant n'a pas pour but de tourner la taxe, il a le droit au regard de la loi pénale de ne pas prester ses services à qui l'en sollicite. Faut-il aller plus loin, et voir autre chose qu'une simple application du principe « *Nullum crimen... nullum poena...* » ? Nous ne le croyons pas, et une jurisprudence voisine nous renforce dans notre opinion.

Voici quatre siècles, Charles IX rendait, sur l'initiative de son Chancelier Michel de l'Hôpital, une ordonnance (14) prescrivant la confection d'un « tarif des repas chez les hôteliers et les taverniers suivant les saisons » et interdisant, en son article 19, aux hôteliers de se refuser, sans cause légitime, à recevoir et loger les voyageurs qui s'adressaient en leurs maisons. Cette dernière interdiction était, on le devine, un moyen de faire respecter les tarifs.

La possibilité d'une pareille intervention de la part des magistrats municipaux fut annihilée par l'article 7 de la loi du 2 mars 1791 — qui a établi la liberté du travail et de l'industrie — et surtout par l'article 30 de la loi des 19 et 22 juillet 1791 — qui a limité expressément au pain et à la viande le droit de l'autorité municipale de fixer le prix des denrées. Pourtant, au cours du XIX^e^ siècle, certains maires crurent pouvoir l'invoquer : non qu'ils aient voulu établir un tarif quelconque, mais ils poursuivaient des aubergistes qui avaient refusé de recevoir des voyageurs que lesdites autorités leur présentaient. La Cour de cassation, saisie, se refusa toujours à reconnaître dans ce refus un délit quelconque (15).

Les faits, pourtant, pouvaient donner à réfléchir : une municipalité n'intervenait pas sans motif sérieux pour tenter de convaincre un hôtelier de recevoir un quidam. Le plus souvent il s'agissait de voyageurs ou de mendiants trouvés blessés ou malades, et que l'éloignement de tout centre urbain et l'insuffisance des moyens de transports ne permettaient pas d'hospitaliser. Quoi qu'il en soit, la Cour suprême a décidé que cette façon de faire, bien qu'elle fut contraire à l'humanité, ne constituait en rien un délit (16).

(14) Ordonnance du 28 janvier 1563.

(15) Crim., 4 août 1846, D. 1846.4.364 ; 17 juin 1853, D.P. 1853.5.414 ; 2 juillet 1857, S. 1858.I.718 ; 2 octobre 1857, S. 1858.I.80 ; 17 août 1862, S. 1864.I.99.

(16) Qu'en serait-il aujourd'hui ? Une telle attitude ne tomberait-elle pas sous le coup de l'article 63 du C.P. ? Cf. Montpellier, 17 février 1953, J.C.P. 1953.2.7499, D. 1953.209, S. 1953.2.119, G.P. 1953.I.382 qui décide que « commet le délit de l'article 63 du C.P. le chirurgien qui refuse de recevoir dans sa clinique — seul établissement utile de l'endroit — un blessé grave, tout au moins en vue des « soins indispensables et urgents nécessités par son état, soins que ce chirurgien était le seul à pouvoir donner et en vue de sa mise en observation ». Ne peut-on pas analyser la prestation de ce praticien en deux éléments : d'une part les actes purement médicaux, et d'autre part l'admission en clinique, qui se rapproche beaucoup de la prestation qui était demandée aux aubergistes du siècle dernier...

En définitive, pour une pensée juridique classique, le problème se résoud dans les termes suivants : lorsqu'un texte établit une taxe, il est interdit d'y échapper de quelque façon que ce soit; mais si l'agent poursuit un autre but que de tourner la taxe, ou s'il n'y a pas de taxe du tout, le fait pour un commerçant de refuser de servir un client n'est pas un acte pénalement punissable.

La loi du 21 octobre 1940 allait reprendre la même technique en essayant de combler des lacunes (17).

Section II

LE PERFECTIONNEMENT DU SYSTEME DE LA TAXE ET L'INFLUENCE DE CELLE-CI SUR LE PROBLEME DU REFUS DE CONTRACTER

Pour le législateur de 1940, le problème qui s'est posé n'était certes pas, techniquement, différent de celui qui avait pu se poser au législateur révolutionnaire, ni même au législateur de l'époque Louis-Philliparde. Mais, quantitativement, il était pratiquement insoluble. La France ne disposait de rien, et encore fallait-il que ce rien fût mis à la disposition de l'occupant. Le jeu normal de l'offre et de la demande devait donc, chose logique, faire monter les prix en flèche, favoriser les accaparements, et accroître pour les plus pauvres une pénurie déjà totale.

Le moyen était bien connu, on allait utiliser la taxation... Et, pour éviter que certains en paralysent les effets, on érigea en délit « le refus de vente » et le « stockage ». Ainsi, avait-on deux genres de délit : d'abord un délit principal (la pratique des prix illicites) et ensuite des délits d'analogie, dont la réunion des éléments constitutifs formait des faits assimilés au délit principal, à la pratique des prix illicites : seraient ainsi poursuivis, de la même façon, ceux qui vendraient à un prix supérieur à celui de la taxe, et ceux qui se refuseraient à vendre à ce prix.

La minutieuse réglementation par le législateur des faits qui constituent la pratique des prix illicites, et de ceux qui sont assimilés à cette pratique a permis d'éviter la discussion à laquelle on s'était livré au siècle dernier : une fois pour toute il était admis que refuser de vendre à la taxe équivalait à vendre au-dessus de celle-ci. Et les décisions de jurisprudence se trouvent être plus des mises au

(17) Voir Colmet Daage, « La répression de la hausse illicite », Thèse, Paris 1942.

point, des précisions, que des interprétations qui, somme toute, ne manquaient pas de hardiesse (18)...

Lorsque l'on aura dit, d'ailleurs, que le législateur qui a rétabli la légalité républicaine s'est pratiquement contenté de reprendre dans l'ordonnance du 30 juin 1945 les termes du texte de 1940, on aura tout dit sur le refus de vendre à la taxe, tel qu'il a été connu pendant et après la guerre de 1939-1945.

On peut se demander, alors, quels enseignements l'observateur peut tirer de ce qui vient d'être exposé. Deux points à notre avis sont à retenir, l'un concernant la formation du Droit, et l'autre la matière même des contrats.

A. — Au plan de la formation du droit.

Il faut tout d'abord noter comment le juge répressif a, par une extension habile, donné à des textes leur véritable sens. On pouvait, en effet, au siècle dernier, imaginer que seul était punissable le fait de vendre un produit taxé, au-dessus de la taxe, mais que le refus de vendre n'était pas punissable puisque les textes ne le prévoyaient pas. Cette attitude pouvait même passer pour la seule correcte vis-à-vis des règles d'interprétation stricte du droit pénal. C'est d'ailleurs ce que firent les juges du fond lorsqu'ils refusèrent de sévir (19).

Mais cette attitude conduisait, en fait, à paralyser l'action du législateur et à rendre inopérantes les mesures de taxation. Aussi, la Cour de cassation ne s'arrêta pas à ces considérations, et, par une attitude pleine de réalisme, donna plein effet à des textes bienfaisants qui, sans cette intervention, seraient restés lettre morte (20).

Il ne faut tout de même pas aller trop loin : si la Cour suprême a donné, par une interprétation tout de même hardie, efficacité à des textes qu'une interprétation classique aurait totalement énervés, du moins en est-elle restée là, et n'a pas érigé en délit des faits, apparemment voisins pour un civiliste, mais qu'aucun texte n'autorisait à réprimer (21).

(18) Crim., 7 janvier 1944, D.A. 1944.38, Bull. n° 11, 21 octobre 1944, Bull. n° 97 « constitue un refus de vente le fait de dissimuler sa marchandise ; il n'est pas nécessaire qu'un refus verbal ait été opposé à un acheteur déterminé ni que l'acheteur soit un client habituel ».

(19) Cf. l'arrêt de Cass. du 20 juin 1846, précité.

(20) Il est d'ailleurs intéressant de noter que dans l'arrêt de 1846 la Cour de cassation fait très certainement dire à l'arrêté municipal quelque chose qu'il ne dit pas lorsqu'elle assimile « l'obligation de vendre à la taxe » à une « obligation de vendre » tout court.

(21) C'est l'ensemble de la jurisprudence précitée sur l'application au XIX^e^ siècle de l'ordonnance de Charles IX concernant les aubergistes.

C'est pour éviter cet écueil que, plutôt que de procéder par voie d'énumération (22), le législateur de 1940 a préféré user d'une formule générale et réprimer du même coup et les hausses illicites et les faits y assimilés (avec parmi ces derniers le refus de vendre).

B. — En ce qui concerne le contrat.

Peut-on dire, alors, que le juge, sanctionnant tel professionnel qui se refuse à vendre à la taxe, a réprimé le refus de contracter ? Peut-on dire, *a contrario*, qu'il affirma pour certains la légitimité du refus de contracter, motif pris de la liberté du commerce et de l'industrie (23) ?

Nous ne le pensons pas.

Dans un cas comme dans l'autre, il s'agissait pour lui de dire s'il y avait ou non infraction à des textes pénaux, non s'il y avait refus de contracter. Il est donc excessif de dire qu'en réprimant le refus d'un boulanger ou d'un boucher de vendre leur marchandise au prix de la taxe, la Cour suprême a consacré l'illicéité du refus de contracter. Et tout aussi excessif de tirer argument de cet arrêt de 1862 (24) pour justifier le refus de contracter par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Dans le premier cas, des règlements municipaux instauraient une taxe.

Dans le second, on voulait restaurer des textes abrogés et qui créaient une obligation légale à peine de contravention.

Le juge pénal s'est donc contenté, d'une part, de constater l'infraction et, d'autre part, de constater l'abrogation des textes invoqués.

Et cela est si vrai, qu'alors, même qu'il existait une taxation, il a été jugé que ce n'était pas une contravention que d'interdire sa porte — et par là son pain — à qui ne plaisait pas (25), ou de refuser de servir une cliente par trop capricieuse (26).

A priori, de telles solutions sembleront critiquables au regard du droit pénal : elles déterminent, en effet, l'existence de contraventions en se fondant sur l'intention coupable de l'agent, alors que celle-ci est, en principe, indifférente à la répression. Mais, on le sait, ce principe souffre des exceptions, et certaines contraventions (27), « soit

(22) Enumération qui se serait fatalement révélée incomplète.
(23) Crim., 18 juillet 1862, D. 1862.I.485.
(24) Crim., 18 juillet 1862, précité.
(25) Crim., 11 janvier 1889, précité.
(26) Crim., 13 août 1847, précité.
(27) Telles sont les contraventions prévues par les articles 471, 9° et 10° ; 475, 9° ; 483, 1°, 5°, 7°.

par leur nature et leur caractère essentiel, soit par le vœu de la loi qui s'est expressément expliquée à leur égard, supposent une intention coupable » (28).

Si donc cet élément est inexistant, il n'y a pas de contravention.

Tel était le cas en notre matière, au siècle dernier. La vente d'une denrée taxée, à un prix supérieur à celui de la taxe était une contravention au sens strict du terme : peu importait que l'agent eût agi intentionnellement ou non (29). Le simple fait de vendre au-dessus de la taxe constituait l'infraction. Mais cette contravention était formellement prévue par la loi, ce qui n'était pas le cas du « refus de vente », qui se présente comme une extension, salutaire certes, mais une extension tout de même des prévisions de la loi pénale. Or, cette extension s'est faite, cela est évident, par l'utilisation de la théorie de la fraude, à une époque où, pourtant, dominait le principe de l'interprétation stricte (30). Dans cette technique du refus de vendre une denrée taxée au prix de la taxe, nous retrouvons les trois éléments que l'on retient comme constitutifs de la fraude (31) : une règle obligatoire, l'intention frauduleuse, un moyen efficace. L'élément intentionnel reprend alors toute sa valeur : faute d'intention frauduleuse, il n'y aura pas de fraude à la loi et donc pas de contravention. On comprend alors pourquoi, lorsque le refus de vendre une marchandise taxée est motivée par une raison autre que le désir d'échapper à la taxe, il ne peut y avoir répression : il n'y a pas de contravention, puisqu'il n'y a pas d'intention coupable. En un mot, les juges voulaient rendre efficaces des mesures de taxation en réprimant le « refus de vente à la taxe », sous entendu « pour vendre plus cher »; mais lorsque le refus de vendre une marchandise taxée n'était pas motivée par la recherche d'un profit illicite, la sanction ne se justifiait plus.

(28) Bouzat, Encyclopédie Dalloz V° Contravention, n° 3.

(29) On peut imaginer que le contrevenant ignorait la mesure de taxation.

(30) Cf. Vidal, « Essai d'une théorie générale de la fraude », précitée p. 108. « L'admission de la théorie de la fraude en droit pénal, si elle présente des avantages certains, est donc fonction de la position que l'on adopte quant à l'interprétation de la loi pénale. Avec l'interprétation stricte, il n'y a pas de place pour la théorie de la fraude en cette matière, puisque tout ce qui n'est pas défendu explicitement par la loi est permis. Mais, s'il est vrai que l'on assiste actuellement « au déclin de l'interprétation restrictive », s'il faut approuver l'audace d'une jurisprudence qui, sous la pression de fréquentes nécessités, effectue des emprunts de plus en plus larges à la méthode extensive, si, en conclusion de l'évolution en cours, la méthode d'interprétation restrictive devait être remplacée par une méthode de l'interprétation refusant de s'asservir à la lettre de la loi, autorisant la recherche de la volonté réelle du législateur, simplement réfractaire au raisonnement par analogie, il n'y aurait plus de raison militant en faveur d'une exclusion de la théorie de la fraude en matière pénale ».

(31) Vidal, *op. cit.*

Toute la jurisprudence du siècle dernier n'a donc qu'une signification pénale. Il est abusif d'y voir, selon les espèces, la sanction ou la justification d'un refus de contracter. Elle est, en définitive, l'application combinée de la théorie de la fraude et du principe « *Nullum crimen...* ».

L'influence de la législation de 1940-1945 sur la solution du problème du refus de contracter, est-elle plus déterminante ? Et est-elle différente de celle de la taxe telle qu'on la connaissait au siècle dernier ? Nous ne le croyons pas.

Certes, il est évident que les textes contemporains sont plus menaçants que ne l'étaient les textes du siècle dernier. Il ne fait pas de doute non plus que, dès leur promulgation, les commerçants ont su qu'ils seraient en contravention s'ils refusaient de vendre leurs produits et que la sanction serait la même que s'ils vendaient à un prix supérieur à celui de la taxe.

Nous ne pensons pas, malgré tout, que cela aille tellement plus loin dans le sens répressif que la jurisprudence du siècle dernier. Une seule chose, peut-être, est à remarquer : désormais le refus de vente est prévu par la loi. Le simple fait de refuser de vendre constitue l'infraction, ce qui aggrave le paradoxe de notre matière au regard du droit pénal : le refus de vente est devenu un délit, mais l'intention frauduleuse n'en est pas un élément. Ce qui explique sinon la pauvreté, du moins le manque d'originalité (que nous avons signalé plus haut) de la jurisprudence consécutive à cette législation.

Peut-on conclure que l'existence de la sanction pénale a une influence sur la solution de notre problème, ou, si l'on préfère, peut-on déduire de l'existence d'un délit de refus de vente qu'il existe une obligation de contracter, et par là un refus de contracter fautif ? La réponse doit être négative, car pour cela il faudrait que la sanction pénale fut appliquée à d'autres que ceux qu'elle menace. Il ne faut pas oublier, en effet, que dans la période qui nous occupe, le refus de vente est le délit que commet le professionnel dont l'activité se trouve être taxée lorsqu'il refuse de délivrer, au prix de la taxe, les produits de son commerce.

Or, quels sont les professionnels dont les produits sont taxés, sinon des individus en état d'offre permanente ? Lorsque donc le client manifeste son intention de former le contrat, il adhère à une offre complète, parfaite. Si le professionnel se dérobe, la sanction pénale n'ajoute rien; elle ne fait que renforcer une sanction civile, celle de la non-exécution d'un contrat formé par l'acceptation d'une offre émise de façon permanente. Donc, de même qu'il est abusif de donner à la jurisprudence du siècle dernier, en notre matière, une signification autre que celle que nous avons déjà dégagée, de même, il semble inexact de dire que la législation de 1940-1945 est à l'origine d'une

obligation de contracter; et cela surtout lorsqu'on soutient que cette législation règlemente l'offre de contrat par une fixation autoritaire du prix (32). Si l'offre de contrat est réglementée, c'est donc celle-ci qui est contrôlée, non le contrat. Et il faut déduire de cette réglementation de l'offre que dès qu'un client a manifesté son désir d'acquérir un bien taxé au prix de la taxe, le contrat s'est formé par la rencontre de cette acceptation avec l'offre émise et réglementée. A l'appui de ce que nous avançons, on fera remarquer que la taxation contribue incontestablement à donner à l'offre de contrat ce caractère de permanence et de publicité que semble exiger la théorie de l'offre permanente (33).

A moins que l'on ne pense que la taxation empêchant la libre discussion des prix, et la menace d'une sanction pénale faisant peser sur le consentement des opérateurs une contrainte intolérable, les opérations soumises à une taxe ne font plus partie de la catégorie des contrats (34).

Ce qui supprimerait alors toute discussion...

(32) Cf. P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation des rapports contractuels », article précité, n° 11.

(33) Cf. *infra*, II[e] Partie, Titre I[er], Chapitre I[er].

(34) Dans ce sens : CARBONNIER, T. II, n° 45 1°, *in fine* : « Le résultat pratique de cette solution est de donner aux consommateurs une sorte de droit de réquisition dans les boutiques où se débitent les denrées dont ils sont présumés avoir besoin. »

CHAPITRE II

L'intervention au secours de la liberté.

L'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945 établissait donc — à la suite du texte de 1940 — un délit de refus de vente (1). Les raisons, avons-nous dit, sont simples : il faut protéger le consommateur en forçant les distributeurs à respecter la taxe. Il s'agit d'une mesure préventive en période de pénurie.

Mais les beaux jours revinrent. Et l'Etat continua tout de même de porter une très grande attention aux questions économiques : ce n'était plus parce que la France manquait de tout, mais parce qu'il fallait maintenant procéder « au rétablissement d'une libre concurrence commerciale » (2).

On se souvient que les mesures de taxation que nous avons étudiées jusqu'ici se présentent comme des exceptions à l'intérieur d'un système libéral. Elles sont les armes dont dispose cet « Etat gendarme » cher aux apôtres du libéralisme.

Il est bien connu que ce système libéral issu du rêve du XVIII[e] siècle et qui avait fonctionné à peu près correctement au début du XIX[e] s'est à peu près dégradé (3).

Sans reprendre une analyse économique connue, nous rappellerons que, d'une part, il s'inscrit dans deux textes fondamentaux (la loi des 2 et 17 mars 1791, qui pose le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, l'article 1134 qui pose celui de la liberté des conven-

(1) Voir sur le délit de refus de vente, C. GEORGEACOPOULOS, « Le refus de vente », Thèse, Paris 1964 avec une préface de M. LEVASSEUR.

(2) Tel est l'intitulé du décret du 9 août 1953.

(3) Est-ce du fait de ses contradictions internes ?

tions), et que d'autre part il repose sur la pratique d'une libre concurrence. Mais, on le sait, la concurrence tue la concurrence, car le meilleur moyen de s'en protéger, c'est encore de la limiter...

On peut ainsi constater l'apparition de phénomènes juridiques qui sont autant de manifestations de ce que M. Farjat appelle un ordre privé économique (4), qui résulte lui-même d'un phénomène économique plus large, la tendance à la concentration.

Or, si nous adoptons l'analyse de cet auteur (et elle nous semble des plus convaincantes), nous verrons que, parmi les facteurs de création de ce qu'il est convenu d'appeler depuis Ripert, l'ordre public économique (5), on trouve l'ordre privé économique. C'est donc pour protéger la concurrence contre elle-même que le législateur est intervenu et a prohibé certaines pratiques jugées contraires au maintien d'une libre concurrence. C'est dans ce cadre que se pose notre problème. Il est évident que, pour maintenir les individus dans une stricte discipline à l'intérieur d'un certain ordre, le meilleur moyen est encore de les menacer de les en exclure tout à fait. On comprend donc que la meilleure façon d'assurer l'efficacité des procédés concentrationnistes soit la mise « hors circuit » : et ce peut être aussi bien la mise à l'index de tel fabricant qui ne suit pas les cours de ses concurrents, que celle du détaillant qui veut vendre à bas prix. On comprend alors que le législateur de 1953 ait poursuivi les ententes et qu'il ait prohibé le refus de vente.

Seulement, et la chose est importante, alors qu'en 1940-1945, on cherchait à protéger le consommateur en faisant respecter une taxe qui frappait le détaillant, ici, on va chercher à protéger le consommateur en permettant à chaque détaillant de s'approvisionner aux mêmes conditions que les autres, de façon, d'une part, à favoriser ceux des détaillants qui, réduisant leurs frais généraux, pourront avoir des prix de revente plus faibles que leurs concurrents, et, d'autre part, à essayer de briser la tendance concentrationniste (6).

(4) Farjat, « L'ordre public économique », Thèse, Dijon 1961, n°s 39 et s., spécialement le numéro 45.

(5) Cf. R. Savatier, « L'ordre public économique », D. 1965, Ch. p. 37.

(6) Le point sur la question nous semble remarquablement fait par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 juillet 1961, J.C.P. 1961.12052 que nous aurons l'occasion d'analyser plus bas : « Considérant qu'après une longue période où les événements avaient provoqués à la fois la raréfaction et le renchérissement des produits ainsi que la réglementation minutieuse de leur fabrication et de leur distribution et les conditions économiques ayant retrouvé un caractère normal, il a paru nécessaire pour combattre une hausse persistante et obtenir la baisse, ou au moins la stabilisation des prix, de rétablir la liberté de la concurrence ; que diverses mesures ont été adoptées à cette fin ; que notamment les ententes, et la pratique des prix imposés qui excluent le libre jeu de l'offre et de la demande ont été prohibées, que le refus de vente qui est apparu, quand il est opposé aux

Nous sommes donc en présence d'un délit, le délit de refus de vente, qui, apparemment, ne diffère guère du délit de refus de vente créé par la loi de 1940.

Pourtant, nous venons de voir que leurs finalités sont différentes. Cette différence est-elle plus profonde, et sommes-nous ici en présence de la sanction d'un refus de contracter ? Nous le verrons dans une Section III, après avoir défini le refus de vente tel qu'il résulte de la législation de 1953-1958 (Section I : *Les données du problème;* Section II : *La jurisprudence*) (7).

Section I

LES DONNEES DU PROBLEME

Le problème du refus de vente, tel qu'il résulte du décret de 1958, est compliqué par le fait d'une difficulté d'accord sur l'existence possible de causes justificatives de ce délit et plus spécialement par la question de savoir si les contrats d'exclusivité peuvent être considérés comme justifiant un refus de vente.

Nous verrons, dans un paragraphe 2, comment ces contrats peuvent troubler notre matière, après avoir dégagé, dans un paragraphe 1er, les données les plus générales du problème.

§ 1. — Généralités.

A. — La position du problème.

L'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945, modifié par le décret du 24 juin 1958, dispose : « Est assimilé à la pratique de prix illicites le fait :

1° Par tout producteur, commerçant, industriel, ou artisan :

a) De refuser de satisfaire, dans la mesure de ses possibilités et dans les conditions conformes aux usages commerciaux, aux demandes des acheteurs de produits, ou aux demandes de prestation de

commerçants par certains fabricants comme pouvant constituer un moyen de contrainte dans le domaine des prix, se trouve également interdit par l'article 37 de l'ordonnance du 30 juin 1945, modifiée par le décret du 24 juin 1958 ».

(7) Avant d'étudier le refus de vente tel qu'il découle du décret de 1958, il est bon de signaler que la légalité de ce texte a été contestée et qu'au début de son application certaines décisions de relaxe ont été fondées sur son illégalité. Toutefois, faisant fi des critiques, les juridictions administratives et judiciaires ont en définitive tranché dans le sens de la validité.

service, lorsque les demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles émanent de demandeurs de bonne foi et que la vente de produits ou la prestation de service n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique, ainsi que de pratiquer habituellement des conditions discriminatoires de vente ou des majorations discriminatoires de prix, qui ne sont pas justifiées par des augmentations correspondantes du prix de revient de la fourniture ou du service. »

Nous laisserons de côté la seconde partie de cet alinéa (à partir de « ainsi que de pratiquer habituellement... »). Il s'agit là d'un autre délit, celui de la pratique habituelle (8) de conditions discriminatoires de vente (9) qui ne nous semble pas tellement différent du problème du refus de vente, et qui appellerait sans doute les mêmes raisonnements en ce qui concerne le « refus de contracter », mais qui n'a pas eu la même fortune...

Cette remarque faite, on peut se demander pourquoi, à compter de ce décret de 1958, le refus de vente si anciennement connu, et comme technique spéculative, et comme délit, a pris ainsi une place de vedette dans le monde juridique : cela est d'autant moins compréhensible à première vue que ce décret ne faisait que remplacer, en y faisant deux petites modifications apparemment sans importance, un décret de 1953 (10), dont l'application avait certes suscité des commentaires, mais non l'agitation.

Nous pensons que la réponse se trouve dans l'existence d'autres textes limitant les pratiques anticoncurrentielles, les articles 59 *bis*, 59 *ter*, 59 *quater*, de la même ordonnance n° 1483-45, du 30 juin 1945, telle qu'elle résulte du décret du 9 août 1953 (non annulé) : « Sont prohibées (nous dit l'article 59 *bis*) sous réserve des dispositions de l'article 59 *ter* (11), toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence, en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente en favorisant une hausse artificielle des prix. »

Ces textes visent très certainement la concentration « horizontale » et les ententes à un même niveau (12), celui de la production en géné-

(8) Le refus de vente est, lui, un délit instantané, Crim., 2 juillet 1947, J.C.P. 1947.IV.150, Bull. n° 173, p. 247 ; 21 octobre 1943, Bull. n° 97, p. 141.

(9) Sur ce problème voir GEORGEACOPOULOS, *op. cit.*, p. 227 et s., et la préface de M. LEVASSEUR, p. 4.

(10) Annulé par le Conseil d'Etat pour illégalité.

(11) Lequel sépare les élus des damnés en admettant qu'il peut y avoir de bonnes ententes.

(12) C'est du moins l'impression qu'on retire de la lecture des avis de la Commission Technique des Ententes sur les ententes et leurs rapports avec le délit

ral. Mais rien n'empêche leur application à des ententes de type « vertical » (c'est-à-dire entre producteurs et distributeurs). Or, il est une forme d'entente verticale très répandue : les contrats d'exclusivité.

Il est difficile de donner de ces contrats une définition précise; on y englobe en effet toute une série d'opérations dont le point commun est que le fabricant — ou le distributeur qu'il s'est substitué — entend réserver sa production à certains commerçants et pas à d'autres. C'est-à-dire que nous nous trouvons en définitive en présence d'une opération qui est automatiquement grosse du refus de vente, et que l'on pourrait penser illicite si, d'une part, aucun texte ne condamnait expressément ce genre de conventions, et si, d'autre part, les réserves de l'article 59 *ter* ne prévoyaient que certaines ententes ne sont pas nocives.

La circulaire d'application du décret de 1953 (13) avait interprété le tout de façon libérale. Mais une circulaire du 31 mars 1960 (14), connue sous le nom de « Circulaire Fontanet » (du nom du Secrétaire d'Etat qui la signa), vint, au contraire, donner une interprétation telle que certains en déduisirent qu'elle mettait hors la loi les conventions d'exclusivité. Ce n'était qu'une circulaire, ce fut le pavé dans la mare : on ne sut plus parler de refus de vente, sans parler du contrat d'exclusivité alors que d'autres motifs sont, bien souvent, à la base d'un refus de vendre... Mais si les motifs du refus peuvent être divers, un personnage est immuable quelque soit la cause : l'auteur du refus.

B. — L'auteur du refus (15).

C'est un professionnel : l'article 37-1-*a* nous le présente comme étant « tout producteur, commerçant, industriel, ou artisan ».

Il faut, en effet, apporter trois précisions à son sujet, et sur ce point, nous reprendrons les conclusions de M. Cosnard (16). Après lui, nous admettrons, d'une part, que la généralité du terme producteur (17) permet d'atteindre « quiconque est *professionnelle-*

de refus de vente, voir Georgeacopoulos, Thèse précitée, p. 198 et s., et spécialement p. 214 et s., sur le problème des ententes, voir Blaise, « Le statut juridique des ententes économiques dans le Droit français et le droit des Communautés économiques », Thèse, Nancy 1964, préface M. Roblot.

(13) Circulaire du 15 février 1954 portant commentaire des dispositions du décret n° 53-704 du 9 août 1953 publiée au *J.O.* du 16 février 1954.

(14) *J.O.*, 2 avril 1960.

(15) Sur l'auteur du refus, voir Levasseur, « Le nouveau régime de la réglementation des prix », J.C.P. 1943.1370. Georgeacopoulos, *op. cit.*, p. 248 et s.

(16) « Le refus de vente », Chronique Droit social 1961.515, Rev. Trim. Dr. Com., 1962, p. 187. Cf. aussi Delvolvé, « Refus de vente », D. 1961, Ch. 206.

(17) Terme que l'on ne trouve pas avant le décret de 1958 et qui montre bien le changement d'optique.

ment en situation de vendre le produit (18) ; ainsi les agriculteurs peuvent éventuellement être englobés dans la répression, ce qui n'a en soi rien d'anormal dans la mesure où leur comportement au stade de la vente est parfois très proche de celui d'un commerçant ou d'un industriel » (19). D'autre part, nous retiendrons que « s'il n'y a pas lieu en principe de distinguer entre les personnes physiques et les personnes morales, du moins convient-il de réserver — et la circulaire (20) l'admet expressément pour certains d'entre eux — le cas des organismes fermés ne travaillant qu'avec leurs adhérents, tels que coopératives ou groupements d'achats en commun » (21).

Enfin, nous rappellerons, avec l'éminent auteur. que le but de la législation est d'assainir la concurrence commerciale et de réformer les circuits de distribution. Donc, en supposant que les autres éléments du délit soient réunis, on voit mal comment l'artiste, le sportif professionnel, le directeur d'école libre, qui ont refusé de donner un récital, de se produire dans un match, d'accepter un élève, pourraient être poursuivis. Et il serait impensable que la question se pose pour les professions libérales traditionnelles, médecine, architecture ou barreau. Pour celles-ci en effet « le doute n'est pas permis en raison des statuts légaux dont elles bénéficient » (22). Quant à la première hypothèse, « il serait sans doute contraire à l'esprit du texte de considérer comme producteur, au sens du décret de 1958, l'artiste, le directeur de pensionnat ou le sportif professionnel » (23).

Cela étant acquis, il nous faut maintenant examiner le cadre législatif de ces fameux contrats d'exclusivité qui donnèrent tant d'importance au problème du refus de vente.

§ 2. — Les contrats d'exclusivité (24).

Nous l'avons dit, le contrat d'exclusivité est une opération qui inéluctablement porte en germe le refus de vente, par le simple fait que le producteur — ou le distributeur qu'il s'est substitué — entend réserver sa production à certains et pas à d'autres. La technique — on s'en doute — n'est pas nouvelle; elle mérite quelques explications.

(18) Circulaire du 31 mars 1960, citée par H.D. COSNARD, *op. cit.*
(19) H.D. COSNARD, *op. cit.*
(20) Il s'agit bien sûr de la circulaire Fontanet.
(21) Sur ce point M. COSNARD renvoie à M. CASEL, « Refus de vente, clauses d'exclusivité, contrat de concession », p. 35 et s.
(22) COSNARD, *op. cit.*
(23) *Idem.*
(24) Sur les clauses d'exclusivité, cf. DURRY, « Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du cocontractant », Thèse, Paris 1957 (dactyl.). GUYENOT, « Les clauses d'exclusivité », Rev. Trim. Dr. Com., 1963.513, « Etudes

A. — Clause d'exclusivité et contrat de concession.

Il faut d'abord préciser qu'il existe non pas une, mais deux sortes d'exclusivité. D'un côté, nous trouvons l'exclusivité de fournitures que l'on appelle aussi « clause de fourniture exclusive » : c'est l'engagement pris par l'acheteur de ne se pourvoir qu'auprès d'un seul fabricant ou commerçant. Il s'agit d'une pratique bien connue et qui ne nous retiendra pas ici. On pourrait penser, pourtant, qu'elle aussi engendre le refus de contracter puisque l'acheteur ne peut s'approvisionner qu'auprès d'un seul fabricant. Il suffit de renvoyer aux développements qui suivent (25) pour montrer combien une telle hypothèse est inadmissible en Droit français (26). Et puis, il y a l'exclusivité d'approvisionnement, l'engagement pris par un fabricant (ou commerçant) de n'approvisionner qu'un seul distributeur dans un secteur donné. C'est celle-ci qui porte en germe le refus de vente, la première, règlementée par la loi du 14 octobre 1943, n'étant certainement pas visée par les dispositions du décret de 1953-1958 (27).

La chose se complique du fait qu'il n'est pas rare que la clause d'exclusivité d'approvisionnement se double d'une exclusivité de fourniture : un fabricant ne vendra sa marchandise qu'à un seul distributeur, lequel en revanche ne se fournira qu'auprès de ce seul et unique fabricant. On s'est alors demandé (28) s'il existait une nuance entre ces *exclusivités* réciproques et une autre forme d'entente entre fabricants et distributeurs que la pratique a nommé contrat de concession exclusive. La concession, on le sait, est une technique de droit public. C'est, nous dit M. de Laubadère (29), « un mode de gestion du service (public) consistant en ce qu'une collectivité (*concédant*) charge un particulier, individu ou plus souvent société (*concessionnaire*), par une convention conclue avec celui-ci du soin de faire fonctionner le service public à ses frais et risques et se rémunérant au moyen de redevances perçues sur les usagers ». Cette définition, précise en droit administratif, est, on le voit, inadaptable en droit privé. Pourtant, on en retiendra l'idée sous-jacente : de même que la collectivité publique concédante veillera au bon fonctionnement du service public, de même le fabricant concédant aura un droit de regard sur la distribution de ses produits. Il semble, en effet, que ce

juridiques et économiques des conventions d'exclusivité de vente », Droit social, 1965. Hémard, « Enquête sur les contrats d'exclusivité, le refus de vente et les prix imposés dans les pays du marché commun », Rev. Int. Nat. Dr. Comp., 1964. 701. Schapira, « Problèmes de la concession exclusive », Clunet, 1964.495. Cf. aussi Georgeacopoulos, Thèse précitée, p. 108 et s. et Casel, *op. cit.*

(25) Cf. *infra*, II° Partie, Titre I^er^, Chapitre II.

(26) Sur ces clauses, voir Coulombel *in* Hamel, « La vente commerciale », p. 334 et s. Cf. aussi Durry, *op. cit.*

(27) Cf. Colmar, 5 décembre 1958, D. 1959.183.

(28) Cf. circulaire du 31 mars 1960.

(29) « Traité élémentaire de Droit administratif », 2°, n° 1106.

qui distingue ce qu'on est convenu d'appeler le contrat de concession de la simple cause d'exclusivité, ce soit que le contrat impose à l'acheteur des conditions de vente (30).

Cette caractéristique de ce contrat a d'ailleurs permis à un auteur de montrer « que le contrat de concession commerciale est une technique juridique de concentration des entreprises » (31), et qu'il conduit à ce que les économistes désignent par le terme de quasi-intégration, c'est-à-dire « un état de symbiose économique qui demeure en principe passager et ne met pas en cause l'autonomie apparente de l'entreprise » (32).

B. — Validité des clauses d'exclusivité.

Quelle est la validité de tels contrats, exclusivité ou concession ?

Si nous écartons les dispositions de 1953-1958, rien n'empêche un producteur de promettre l'ensemble de ses produits à tel ou tel commerçant, car chacun est libre de se lier à qui il veut et aux conditions qu'il veut (33). Mais au regard de la législation économique ?

1° *La situation avant 1958.*

a) Les articles 37-I-*a* et 59 *bis, ter,* et *quater* de l'ordonnance du 30 juin 1945.

Vis-à-vis de la législation visant à rétablir la libre concurrence, la validité de ces clauses est beaucoup plus discutable. Si nous scrutons l'article 37-1-*a*, nous devons reconnaître que, d'une part, il n'interdit pas de tels contrats, mais que, d'autre part, il ne les cite pas comme pouvant être une justification au refus de vente. Si c'est aux articles 59 *bis, ter* et *quater* que nous nous attachons, nous verrons que ce qui est prohibé, ce sont les ententes « ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix » (34). Cela, étant bien entendu que ne sont pas visées les ententes dont « les auteurs seront en mesure de justifier qu'elles ont pour effet d'améliorer ou d'étendre les débouchés de la production, ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation et la spécialisation » (35).

(30) Casel, « Refus de vente », p. 88.

(31) Champaud, « La concession commerciale », Rev. Trim. Dr. Com., 1963, p. 469.

(32) *Eod. loc.* et les références en note.

(33) Cf. Plaisant, « Les contrats d'exclusivité », Rev. Trim. Dr. Com., 1964.I.

(34) Ordonnance du 30 juin 1945, rédaction du décret 9 août 1953, article 59 *bis.*

(35) *Ibid.*, article 59 *ter.*

On aurait pu penser que la combinaison de ces textes aurait conduit à une construction simple et logique, et que tout le monde serait tombé d'accord sur une formule voisine de celle-ci : « Les clauses d'exclusivité — ou contrats de concession, peu importe — sont incontestablement à l'origine de refus de vente. Toutefois celui-ci ne sera pas punissable, si ses clauses ne tombent pas sous le coup de l'article 59 *bis* de l'ordonnance du 30 juin 1945, car alors le sollicitant sera de mauvaise foi... »

Telle était au fond l'interprétation de la circulaire de 1954.

b) La circulaire de 1954.

Par le biais de la notion de bonne foi, et de celle de demande anormale, ce texte considérait que le refus de vente est justifié « lorsque les marchandises ne sont distribuées que par un circuit comportant des clauses contractuelles d'exclusivité par convention écrite, stipulant des obligations réciproques de la part du vendeur et de l'acheteur... »

La circulaire précisait en effet que le décret de 1953 « n'interdit pas des contrats d'exclusivité à condition toutefois que de tels contrats :

1° améliorent effectivement le service rendu au consommateur;

2° n'aient pas pour résultat d'entraîner une hausse des prix, de maintenir les prix à un niveau anormalement élevé, ou de réduire le volume des produits vendus à un niveau inférieur aux besoins du marché ».

Il était spécifié, de surcroît, que « ne tombent pas notamment sous le coup du décret du 9 août 1953 les contrats d'exclusivité conclus dans les cas examinés ci-après.

1° Lorsque le contrat lie seulement deux entreprises dont l'une productrice, réserve la totalité de sa fabrication à l'autre entreprise. L'établissement producteur est qualifié en ce cas pour refuser la vente à tout autre distributeur ou utilisateur.

2° Lorsqu'il s'agit d'un fabricant ou d'un grossiste qui assure la vente de ses produits par un réseau de concessionnaires exclusifs. Les contrats intervenus peuvent être considérés comme ne présentant pas de caractère anormal, lorsqu'ils comportent pour les deux parties, des obligations précises et réciproques :

— obligation pour le fournisseur de garantir au concessionnaire l'exclusivité de la vente de ses produits dans un secteur particulier avec :

En contrepartie, pour le concessionnaire, des obligations qui peuvent être diverses et variables, mais qui doivent être nettement fixées

et effectivement remplies, telles, celle de réparer les produits vendus, celle d'entretenir un approvisionnement en pièces détachées, celle de ne pas vendre d'autres marchandises identiques à l'origine près, ou encore celle de participer à titre onéreux à des campagnes de publicité... ».

La jurisprudence postérieure à ce texte et à son interprétation administrative devait être, somme toute, favorable aux conventions d'exclusivité lorsque celles-ci avaient pour objet des produits de marque ou réclamant une certaine technicité (36). Mais le décret de 1953 devait être annulé et remplacé par le décret de 1958.

2° *Le décret de 1958 et la circulaire Fontanet.*

Ce sont les additions du décret de 1958 qui troublèrent la matière : d'une part le mot « producteur », d'autre part l'incidente « dans des conditions conformes aux usages du commerce ». Si nous en croyons M. Plaisant (37), cette incidente avait pour but de confirmer — d'aucuns diraient de consolider — la jurisprudence consécutive au décret de 1953, et telle était l'opinion de la majorité des commentateurs. Cette façon de voir fut, nous semble-t-il, à l'origine de bien grands efforts de pensée pour peu de chose...

La circulaire Fontanet vint en effet donner son interprétation du texte, en examinant successivement les éléments constitutifs du délit, les exceptions prévues par la loi et la question des contrats d'exclusivité.

Dans le premier point, elle précisa son interprétation du mot « usage » et surtout ce à quoi, d'après elle, il se rapporte : « Certains, dit-elle, ont prétendu que les usages commerciaux pouvaient constituer une excuse au refus de vente, alors qu'il est évident au contraire que c'est le mode de satisfaction de la demande qui est visé par la loi... » Et de donner une raison de logique grammaticale et une raison de logique juridique.

Ceci ne faisait pas l'affaire des partisans de l'exclusivité dont le raisonnement était le suivant : les contrats d'exclusivité sont un usage du commerce, les sollicitants doivent les respecter, une demande en violation de ces exclusivités est une demande anormale émanant d'un demandeur de mauvaise foi. Le raisonnement partait de l'idée signalée plus haut que la notion de conformité aux usages commerciaux venait confirmer la jurisprudence subséquente au décret de 1953. La doctrine donc fustigea cette circulaire Fontanet à laquelle elle déniait

(36) Trib. com. Nantes, 23 avril 1956 et Trib. com. Nice, 21 juillet 1956, J.C.P. 1956.II.9640, N. Plaisant et Lassier, Aix, 14 octobre 1958, J.C.P. 1958.II. 10933, Lyon, 3 octobre 1956, J.C.P. 1957.II.9790, N. Plaisant et Lassier, Bordeaux, 10 décembre 1958, J.C.P. 1959.10933.

(37) Note sous Paris, 7 février 1961, J.C.P. 1961.12052.

toute valeur (qu'est-ce qu'une circulaire ?...) et à qui elle en accordait tant (38).

Pourtant, si les auteurs avaient accordé autant de valeur à la section traitant des contrats de concession exclusive qu'au passage visant les usages commerciaux, sans doute auraient-ils pu mener le même combat à moins de frais : la circulaire, en effet, ne faisait que développer sur ce point les commentaires de la circulaire de 1954. Celle-ci faisait une différence entre « réseaux réels » et « réseaux fictifs ». Celle-là commence par distinguer « distributeurs agréés » et « concessionnaires exclusifs » et la définition (39) qu'elle donne des premiers, permet à tout un chacun de comprendre que ce système ne peut en rien être justificatif du refus de vente; quant au concessionnaire exclusif, c'est incontestablement la seconde situation visée par la circulaire de 1954 comme contrat d'exclusivité ne tombant pas sous le coup du décret de 1953.

Peut-on dire alors, comme l'écrit M. Plaisant (40), qu'il y a une différence fondamentale entre les deux circulaires, celle de 1954 se fondant sur un principe général, celle de 1960 ajoutant à la loi et n'ayant de la sorte aucun fondement juridique ? Cela est douteux. Mais, pour nous, la réponse à cette question semble sans importance, et surtout dépassée : c'est maintenant la jurisprudence qui est la source de la licéité des contrats d'exclusivité.

Section II

LA JURISPRUDENCE

Pendant que l'on discutait abstraitement sur le contrat d'exclusivité et le refus de vente, sur le sens qu'il fallait accorder aux « usages », à la « disponibilité », à la « mauvaise foi » et à la notion de

(38) On remarquera, malgré tout ce qui a pu être écrit, que cette circulaire présente le double avantage d'être très nette et très complète. Jusqu'à la thèse de M. Georgeacopoulos (Paris 1964, précitée) ce fut même le seul texte de doctrine — une circulaire n'a qu'une valeur doctrinale — qui ait traité de façon principale le refus de vente. Jusqu'à cette thèse en effet, les auteurs avaient centré tous leurs développements sur la clause d'exclusivité, n'étudiant le refus de vente qu'accessoirement à celle-ci. Plus logiquement, la circulaire traite du refus de vente principalement, et ensuite, de la clause d'exclusivité. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de penser que c'est un curieux délit que ce délit qui intéresse si peu les pénalistes.

(39) Le concédant ne s'interdit pas de désigner ultérieurement d'autres distributeurs dans la zone attribuée au concessionnaire, et celui-ci ne s'engage pas de son côté à ne pas vendre des produits concurrents de ceux produits par le concédant.

(40) Note sous Paris, 7 février 1961, J.C.P. 1961.12052, précité.

« demande anormale », la jurisprudence avait à statuer sur des cas concrets.

Si nous voulons avoir une vision exacte de cette jurisprudence, il nous faut — comme l'a justement fait M. Plaisant (41) — examiner d'abord la jurisprudence consécutive au décret de 1953, et antérieure à la circulaire du 31 mars 1960, puis la jurisprudence postérieure à cette circulaire.

Sous-Section I

LA JURISPRUDENCE CONSECUTIVE AU DECRET DE 1953 ET ANTERIEURE A LA CIRCULAIRE DU 31 MARS 1960

Il faut remarquer deux choses : d'abord que cette jurisprudence est très peu abondante; ensuite qu'elle se compose de deux séries de décisions : d'un côté, des décisions commerciales provoquées par des commerçants écoulant leurs produits par l'intermédiaire de concessionnaires exclusifs, et se plaignant de concurrence déloyale, et d'un autre côté, de la décision d'un tribunal correctionnel statuant contre l'auteur d'un refus de vente.

A. — Les faits dans trois décisions commerciales sur quatre (42) sont identiques. La Société Guerlain, fabricant de parfums, ne vend ses produits que par l'intermédiaire d'un réseau de concessionnaires choisis et agréés par elle, et liés à elle par des contrats. Elle n'entend absolument pas que ses produits soient vendus par d'autres détaillants que ceux qu'elle choisit, et appose sur chaque flacon une étiquette portant la mention « ce produit ne peut être vendu que par un dépositaire agréé par Guerlain ». Or des détaillants non-concessionnaires vendirent les produits de cette maison. La société les poursuivit donc, estimant avoir subi un préjudice, et peut-être pour voir aussi la position de ses contrats d'exclusivité mieux assurée. Les défendeurs plaidèrent alors (43) que les contrats liant Guerlain à ses concessionnaires étaient nuls comme contraires aux dispositions du décret du 9 août 1953. Mais les juges ne l'entendirent pas ainsi et reconnurent à ces contrats les caractères de validité que réclamait la circulaire de 1954, entre autres qu'ils comportaient bien pour chacune

(41) Note du J.C.P. 1961.12052 et article à la Rev. Trim. Dr. Com., 1964, précités.

(42) Les références des décisions ici analysées ont été données *supra*, note 36, p. 90. Nous raisonnons sur la seule jurisprudence Guerlain pour deux raisons : l'arrêt de Bordeaux met en cause des faits similaires, et nous aurons l'occasion de retrouver d'autres décisions Guerlain.

(43) Entre autres choses.

des deux parties des obligations réciproques. Aussi condamnèrent-ils les commerçants poursuivis, pour le triple motif qu'ils avaient agi en violation de conventions qui leur étaient opposables (44) et qu'ils connaissaient, qu'aucun texte n'interdit à un fabricant de disposer en tout exclusivité de sa marque et que les conventions passées par Guerlain étaient licites.

B. — A l'opposé, la décision du tribunal correctionnel de Lyon est une condamnation d'un refus de vente. Un magasin à succursales multiples se fournissait en produits capillaires auprès d'un grossiste (45). Un beau jour, le grossiste, ayant modifié sa politique de vente, refusa de livrer une commande; poursuivi, il allègua « que le demandeur ne présentant pas les qualités requises pour écouler le produit dans les conditions dans lesquelles il est habituellement vendu, sa demande était anormale ». Le tribunal, toutefois, le condamna car, d'une part, le commerce des produits litigieux n'exigeait aucune technicité et, d'autre part, le vendeur ne commercialisait pas ses produits par le canal d'un réseau établi grâce à un système de contrats comportant exclusivité (46).

C. — De toutes ces décisions (47), on peut tirer les indications suivantes :

— les juridictions commerciales ne sont guère favorables à la prohibition des conventions d'exclusivité;

— en tout état de cause, celles-ci ne sont pas considérées comme contraires au décret de 1953;

— surtout si elles portent sur des produits de marque ou requérant une certaine technicité.

Il ne semble pas que la jurisprudence postérieure à la circulaire Fontanet dut être tellement révolutionnaire.

(44) Sur l'opposabilité des contrats d'exclusivité, voir J. Robert, note sous Cass. com., 12 mars 1963 et Trib. com. de la Seine, 5 mars 1963, D. 1963, p. 366.

(45) C'est même à la demande de celui-ci que la première commande avait été passée.

(46) MM. Plaisant et Lassier soulignent, avec juste raison, dans leur note au J.C.P. 1957.II.9190, précitée, ce motif « d'ailleurs la S.O.V. (le grossiste) n'a jamais souscrit aucune convention d'exclusivité au profit des coiffeurs parfumeurs » dont elle voulait pourtant gagner la clientèle et vers lesquels portaient tous ses efforts. Ce qui pourrait signifier *a contrario* — avec toute la méfiance due à ce genre d'argument — que si une clause d'exclusivité avait existé, la solution eût été différente.

(47) Sans oublier qu'il en est deux qui sont postérieures au décret de 1958.

Sous-Section II

LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A LA CIRCULAIRE FONTANET

Quoique l'on ait pu en dire, la jurisprudence postérieure à la circulaire Fontanet (48) a poursuivi dans cette voie : d'une part, les juridictions commerciales ont continué à se montrer favorables à une limitation du domaine de la législation sur la libre concurrence, d'autre part, la Chambre criminelle prit parti, et prit parti pour la validité des contrats d'exclusivités.

Quatre affaires dominent la question, qui toutes quatre ont donné à la Cour de cassation l'occasion de se prononcer : les affaires Olibet, Radio-Matériel (que l'on appelle encore l'affaire Teppaz), Brandt et Brunel. Elles constitueront donc l'essentiel de nos développements.

Auparavant, nous signalerons toutefois que le tribunal de commerce de Nice (49) eut, à nouveau et dans les mêmes conditions que nous avons indiquées précédemment, l'occasion de se prononcer sur la validité des contrats d'exclusivité Guerlain. A nouveau, cette maison poursuivait un détaillant qui vendait ses produits en contravention avec les contrats d'exclusivité la liant à certains commerçants, et cependant portés à la connaissance du public au moyen de l'étiquette dont nous parlions plus haut. Dans les mêmes termes — ou presque — qu'eux-mêmes et d'autres l'avaient déjà fait, les juges niçois condamnèrent le détaillant et proclamèrent la validité des contrats Guerlain, en précisant, d'une part, qu'ils ne trouvaient pas dans le texte du décret de 1958 « un fondement juridique (leur) permettant de déclarer illicites les contrats d'exclusivité violés » par le défendeur, et d'autre part qu'ils n'étaient en rien liés par la circulaire du 31 mars 1960. Ce qui était remettre les choses à leur juste place (50).

(48) Sauf une exception, très remarquable, il est vrai.

(49) 30 mai 1960, D. 1960.556, N. Hémard.

(50) Il faudrait pour être plus complet signaler ici une décision du Trib. com. de la Seine (27 juin 1960, G.P. 1960.2.219) que nous aurons l'occasion de revoir plus à fond et qui concerne bien l'application du décret de 1958 mais dans une hypothèse (banquier refusant ses services) très différente de celle du contrat d'exclusivité.

§ 1. — Le refus de vente en l'absence de contrat de concession exclusive.

A. — L'Affaire Olibet (51) et le problème de la protection de la marque (52).

Les faits sont les suivants, qui, semble-t-il, sont à l'origine d'un exemple donné par la circulaire Fontanet. La Maison Olibet fabrique à Talence près Bordeaux, des produits alimentaires parmi lesquels des biscuits appelés « Demi-Lune Olibet » et « Petit Extra Olibet ». Elle les présente sous un emballage caractéristique où ces mentions apparaissent en bleu et rouge sur fond blanc. Un commerçant, « aux procédés discutables » à en croire la Cour de Bordeaux, passe un jour commande de ces produits. La maison Olibet accepte de livrer, mais y met une condition : les emballages porteront bien la provenance « Olibet Talence », mais ils seront neutres, c'est-à-dire qu'ils ne porteront pas la mention « Demi-Lune » et « Petit Extra ». Le sollicitant refuse, et porte plainte.

Saisi, le Tribunal de Bordeaux relaxe, motif pris de l'illégalité du décret de 1958; et sur appel, la Cour de Bordeaux relaxe à son tour, mais à la suite, cette fois, d'une très intéressante motivation au fond.

Après avoir retenu la légalité du décret, les magistrats bordelais vont, avant de donner leur avis, exposer successivement les thèses de la Société Olibet et du Contrôle économique. La première, centre sa défense sur la notion de marque et sur le droit de propriété que l'exploitant a sur celle-ci : « En Droit français, un fabricant est incontestablement libre d'avoir ou non une marque, mais s'il en adopte une, il demeure parfaitement libre d'apposer ou non cette marque soit sur l'ensemble de ses produits, soit à son gré, sur une partie seulement de ses produits »; et elle ajoute : « nous ne refusons ni de vendre ni de mentionner l'origine de nos produits, nous ne voulons simplement pas livrer sous le conditionnement habituel ». A cette argumentation, le Contrôle économique oppose celle de la circulaire Fontanet : par « le seul fait que la Société Olibet vend à certains acheteurs sous un habillage déterminé et typique, elle est

(51) Trib. corr. Bordeaux, 10 juin 1960, J.C.P. 1961.II.11.666 *bis*, Bordeaux, 11 juillet 1960, G.P. 1960.2.148, J.C.P. 1960.II.11675, N. Guérin, Crim., 13 juillet 1961, J.C.P. 1961.12241, 1re esp.

(52) Sur le problème de la protection de la marque, voir Guyenot, « L'incidence du droit des marques de fabrique sur le refus de vente et les pratiques commerciales d'exclusivité », D. 1965.75. Georgeacopoulos, *op. cit.*, p. 142 et s., spécialement en ce qui concerne l'affaire Olibet à partir de la p. 161.

tenue de vendre ainsi à tout acheteur solvable et de bonne foi exigeant d'être livré sous le même habillage connu du public ».

Ceci étant posé, les magistrats vont se prononcer sur la notion de marque et sur l'importance qu'elle peut avoir dans une affaire du type de celle-ci.

La marque est, pour eux, la garantie du public, surtout quand il s'agit « d'une grande marque connue et appréciée comme l'est la marque Olibet ». Elle est même la seule garantie : les mots petit beurre, biscuits, petit extra, etc... étant des « expressions courantes constituant des termes génériques auxquels l'acheteur n'attache pas d'intérêt comme une preuve de bonne qualité ».

Or la maison Olibet, dont on ne peut suspecter la bonne foi (53), accepte de mettre sa marque sur les produits, mais non l'habillage. Quant au sollicitant, il a des procédés de vente discutables : après avoir pratiqué la vente avec primes, il a adopté cette technique selon laquelle on vend à prix coutant certains produits de marque de façon à attirer le client et à vendre en plus grosses quantités des produits moins connus, sinon de qualité inférieure. La Cour de Bordeaux en déduisit sa mauvaise foi.

Cette double opinion, la Cour de cassation (54) saisie, ne l'admit pas.

D'une part, elle retint que le refus de vendre un produit de marque, sous son conditionnement habituel, constitue le refus de vente prévu par l'article 37-I-*a*, car le décret du 24 juin 1958 « a pour objet le maintien de la libre concurrence », et, « qu'il ne peut y avoir de concurrence sur le prix d'un produit de marque que si les concurrents sont mis à même de vendre un produit absolument semblable, non seulement dans ses qualités substantielles, mais encore dans sa présentation ».

D'autre part, elle précisa que « le refus de vendre un produit de marque, au motif que l'acheteur est susceptible de le revendre au prix de revient, n'est pas légitime au sens de l'article 37-I-*a* », « car cette pratique se heurte à l'interdiction d'imposer un prix de vente ».

Cette position, la Cour de cassation l'étoffait le même jour par un arrêt « Colin Radio Matériel ».

(53) Elle n'a pas, nous dit-on, suivi une hausse autorisée...

(54) Il semble que l'on ait en haut lieu attaché une grande importance à cette affaire. Après qu'elle eut servie de base à une argumentation de la circulaire Fontanet, la Cour suprême était saisie par le pourvoi de son Procureur général, d'ordre du Garde des Sceaux.

B. — L'affaire Colin Radio Matériel (55) et la notion de technicité (56).

Les faits sont les suivants. Au mois de septembre 1959, une société exploitant à Lyon un magasin inscrit au registre du commerce comme bazar, bimbeloterie, mercerie, passe commande à une société, filiale d'une société fabricant des électrophones, d'une certaine quantité d'appareils de ce genre fabriqués par la société mère. La livraison est effectuée. Au mois d'octobre de la même année, une nouvelle commande est passée. Mais la livraison ne fut pas effectuée, et le détaillant porta plainte.

Les thèses en présence étaient simples. Le grossiste, retenant que le détaillant ne possédait pas de service de dépannage, soutenait qu'il n'avait pas la qualification technique nécessaire pour vendre des électrophones; le détaillant soutenait, lui, que la livraison lui était refusée parce qu'il ne suivait pas les prix « conseillés » par la maison (57).

Le tribunal correctionnel de Lyon, saisi, confirma sa jurisprudence du 3 octobre 1956 (58) et condamna le grossiste. Il souligna qu'il est certain que l'on peut exiger des conditions spéciales pour la vente de produits dont la transformation ou l'installation suppose un matériel approprié et — c'est un « coup de chapeau » à toutes les décisions Guerlain — qu'un cadre approprié peut être exigé des produits de luxe. Mais les électrophones (59) ne font pas partie des élus : ce sont des appareils de grande diffusion, d'une technique simplifiée, destinés au grand public et ne nécessitant aucune technicité particulière puisque détaillants comme acheteurs peuvent les faire réparer en usine. Et puis, ajoute le tribunal, ce refus de vente est d'autant plus injustifié que la résistance du détaillant à appliquer le prix « conseillé » par le grossiste « est pour beaucoup » dans la mesure prise à son encontre.

La cour d'appel de Lyon ne suivit pas les premiers juges et infirma leur décision : d'une part, l'argument du prix « conseillé » et non suivi n'a pas eu sur celle-là même force de persuasion que sur ceux-ci; d'autre part, alors que le tribunal avait vu dans les électrophones des

(55) Trib. corr. Lyon, 18 mai 1960, J.C.P. 1960.II.635, N. Guerin et sur appel, Lyon, 9 décembre 1960, J.C.P. 1961.II.11907, Crim., 13 juillet 1961, J.C.P. 1961.12641, 2e esp. Grenoble, 25 avril 1963, Rev. Trim. Dr. Com., 1964, p. 600, obs. Becqué et Cabrillac, Crim. 22 octobre 1964, J.C.P. 1965.14160, N. Hémard.

(56) Georgeacopoulos, *op. cit.*, p. 156.

(57) Il aurait vendu les appareils livrés en septembre 1959, 189,70 F, alors que la maison Teppaz « conseillait » un prix de vente de 229,50 F.

(58) J.C.P. 1957.II.9790, précité. Cf. Georgeacopoulos, « Le refus de vente », Thèse, Paris, 1964, avec une préface de M. Levasseur, p. 231.

(59) Ceux en cause dans tous les cas.

appareils simples, la Cour, elle, les considéra comme des « appareils complexes et délicats » nécessitant des détaillants une certaine qualification professionnelle.

La Chambre criminelle qui venait de définir l'importance de la marque dans le problème du refus de vente (60), eut alors à dire si les électrophones sont des appareils complexes. Il nous semble que les magistrats qui la composaient furent assez impressionnés par le fait que le refus par le détaillant de suivre le prix « conseillé » était « pour beaucoup » (61) dans le refus du grossiste. Mais comme ils ne pouvaient pas le dire, ils reprochèrent à leurs collègues de la Cour de Lyon de ne pas être plus explicites sur « la circonstance que les appareils dont la vente était refusée étaient des appareils de grande diffusion d'une technique simple destinée à les mettre à la portée du grand public, qu'ils ne constituaient pas des articles de prestige ou encore réclamant une technicité particulière et pour lesquels le vendeur pouvait exiger un service de dépannage ». Le reproche est étrange et même injustifié. Car, s'il est vrai que la Cour de Lyon n'a pas dit « les électrophones Teppaz sont des appareils compliqués et de haute technique », elle a tout de même dit « les électrophones peuvent être compliqués et réclamer un service de dépannage; le sollicitant n'a pas de service de dépannage, donc le refus du grossiste est justifié » (62).

Nous retiendrons donc que la Cour de cassation n'a pas condamné le fait pour un fabricant d'exiger certaines capacités techniques du détaillant qui le sollicite, et donc de lui refuser une livraison lorsque cette qualification fait défaut (63).

Les deux arrêts du 13 juillet 1961 allaient être confirmés et précisés un an plus tard à propos d'une affaire qui est la clé du problème du refus de vente et du contrat de concession exclusive.

(60) 13 juillet 1961, Olibet, précité.

(61) Pour reprendre l'expression du Tribunal.

(62) Ce qui sous-entend que les électrophones en question réclament bien un service de dépannage.

(63) Elle a d'ailleurs confirmé sa position par un arrêt du 22 octobre 1964 (D. 1964, p. 753, N. J.L.C., J.C.P. 1965.14.160, N. Hémard, Rev. Trim. Dr. Com., 1965, p. 491, obs. Bouzat) en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Grenoble (25 avril 1963, Rev. Trim. Dr. Com., 1964, p. 600, obs. Becqué et Cabrillac) qui avait sur renvoi, confirmé le jugement de condamnation dans tous ses motifs.

§ 2. — Le refus de vente et le contrat de concession exclusive.

A. — L'affaire Brandt (64).

L'espèce (65) qui va nous retenir maintenant est extrêmement importante, parce que c'est la première fois qu'un commerçant, prévenu du délit de refus de vente, invoquait comme cause justificative l'existence d'un contrat d'exclusivité (66).

Les faits sont les suivants.

La Société Beaulieu fabrique, près de Paris, des caméras, et a confié par contrat — en 1957 — pour la France et l'Union française à la Société Brandt « l'exclusivité de la prospection, de la distribution, et de la vente de sa production d'appareils, à charge pour Brandt de ne vendre, distribuer ou représenter directement ou indirectement sur les mêmes territoires aucun autre appareil similaire » (67). En conséquence de quoi la Société Brandt choisira ses revendeurs — à l'exclusion des grossistes — en informera son mandant et fixera les prix de vente au public (à partir de prix théoriques déterminés par la maison Beaulieu).

La Société Brandt va donc constituer un réseau de concessionnaires. Nous connaissons ses critères. Elle prend en considération, d'une part, la compétence technique des revendeurs ainsi que leur personnalité, d'autre part, l'emplacement, l'agencement, la présentation moderne des magasins, enfin le pouvoir d'achat de la population locale.

Le contrat qui lie la Société Brandt à ses concessionnaires est nommé « Charte du concessionnaire exclusif Beaulieu ». La Société s'engage, vis-à-vis du concessionnaire, à limiter la vente des appareils de cinéma Beaulieu à une élite de spécialistes (68) (*sic*...) et à n'apporter aucune modification au réseau régional sans consulter les

(64) Trib. corr. Seine, 13 juillet 1960, J.C.P. 1960.II.11.843, Paris, 7 février 1961, J.C.P. 1961.12052, N. Plaisant, Crim. 11 juillet 1962, J.C.P. 1962.II.12799, D. 1962. 497. Rapport du Conseiller Costa, S. 1962.219, note Robert ; Amiens, 9 mai 1963, D. 1963.556, note Hémard.

(65) Georgeacopoulos, *op. cit.*, p. 212.

(66) On se souvient en effet, que dans toutes les affaires Guerlain, c'est la maison Guerlain qui se présentait en demanderesse pour faire respecter par des tiers les contrats d'exclusivité la liant à des distributeurs choisis par elle. De même dans l'arrêt de Bordeaux du 10 décembre 1958, J.C.P. 1959.10933, précité.

(67) Article 1er du contrat liant la Société Brandt à la Société Beaulieu tel qu'il ressort du jugement du Trib. corr. de la Seine du 13 juillet 1960, J.C.P. 1960.11843.

(68) Les particuliers seront dirigés vers les concessionnaires exclusifs de leur secteur.

concessionnaires intéressés. En revanche, les concessionnaires s'engagent à ne pas vendre à des confrères non-concessionnaires, à concentrer leurs efforts pour parvenir à un certain chiffre d'affaires annuel, à s'interdire toute publicité qui constituerait à l'égard des autres concessionnaires exclusifs une concurrence déloyale ou qui, faisant douter de la valeur intrinsèque des appareils vendus, serait de nature à déprécier la marque Beaulieu.

C'est dans ces conditions qu'un ancien client de la maison Beaulieu, la Société Photo Radio Club, passe à la Société Brandt et à la Société Beaulieu commande de caméras. Il lui est répondu que la concession exclusive de la vente appartient à une Société Devaux dans le secteur considéré. Demande est faite à cette société, mais elle reste sans suite. La Société Photo Radio Club fait alors sommation à chacune de ces maisons. Sans effet.

Une procédure est alors engagée, et le tribunal correctionnel de la Seine se prononce. Comme on peut s'y attendre, il va rechercher si la charte de concessionnaire exclusif Beaulieu est en conformité avec les dispositions du décret de 1958. Le tribunal n'innove pas. Il reprend l'analyse de la circulaire Fontanet qui, nous l'avons dit, est très proche de celle faite en 1954 : il faut que le contrat de concession présente certaines qualités de « sérieux » et de « réel ». Il affirme que les contrats susceptibles de mettre en échec l'interdiction du refus de vente sont « les seuls contrats créant un réseau de concessionnaires exclusifs comportant des clauses : 1° délimitant d'une manière précise la zone territoriale dans laquelle le concessionnaire sera seul vendeur de la marque; 2° interdisant aux concessionnaires la vente de tous produits concurrents ».

Mais le contrat Beaulieu n'a pas ces caractéristiques : on peut, en effet, dans une même zone trouver plusieurs concessionnaires. Il tend donc, uniquement, à faire respecter les prix déterminés par la Société Brandt. Si l'on considère de surcroît que la Société Radio Photo Club est solvable et techniquement compétente, mais qu'elle pratique systématiquement des rabais importants, on comprend alors que le tribunal correctionnel de la Seine ait condamné la Société Brandt, motif pris que le contrat d'exclusivité — et le refus qui le sanctionne — ont pour but de maintenir artificiellement les prix de vente à leur maximum.

La Société Brandt fit appel, et les choses se corsèrent, car elle changea l'orientation de ses batteries. Elle voulut faire juger que, du fait du contrat d'exclusivité, les produits sont « indisponibles » (se retranchant derrière la notion de disponibilité du décret de 1958), que leur livraison serait contraire aux « usages du commerce » (autre notion du décret), et que le détaillant non-concessionnaire qui est averti d'un tel état de choses est de mauvaise foi. La Société Brandt

ajoutait que le fabricant a un droit sur sa marque, enfin que les contrats d'exclusivité sont valables en raison de leurs intérêts économiques.

A une telle argumentation, très fine, la Cour de Paris répondit point par point. L'expression « dans la mesure de ses disponibilités signifie dans la mesure où le fournisseur a en magasin ou à sa disposition chez le producteur la marchandise demandée ». En ce qui concerne les « usages », « il ressort du texte (que ce mot) vise le refus de satisfaire, donc il signifie que l'on doit livrer selon les habitudes du commerce »; et « l'on ne saurait assimiler aux usages la situation créée par l'existence d'un contrat de concession » (69). Passant au droit du producteur sur sa marque, la Cour souligna, « qu'il se trouve protégé contre un acte préjudiciable des tiers, mais qu'il est soumis à la réglementation économique ». Enfin — *the last but not the least* — la Cour condamna le contrat d'exclusivité et ce, en deux arguments. Le contrat d'exclusivité peut, dit-elle, économiquement répondre à certains intérêts. Mais il est inexact d'en déduire que ce contrat permet d'écarter une incrimination dont les éléments constitutifs, prévus limitativement par un texte pénal se trouvent réunis. Il se peut, ajoute-t-elle, que le système de distribution exclusive s'applique en fait sans qu'il y ait à opposer un refus de vendre à des tiers; il se peut, aussi, que les contrats établissant ce système soient opposables à des tiers; il se peut, enfin, que l'administration les tienne pour valables à certaines conditions mais, s'il y a refus de vendre, le juge ne peut pas relaxer en se fondant sur un contrat librement passé par l'intéressé pour écarter l'incrimination pénale.

La Cour de Paris allait donc plus loin que la fameuse circulaire Fontanet. En effet, alors que celle-ci laissait une porte ouverte en permettant de distinguer les bons contrats des mauvais, la Cour de Paris donnait du décret l'interprétation la plus étroite que l'on put donner : jamais, dans aucun cas, les contrats d'exclusivité ne se trouvaient valables.

L'inquiétude fut grande dans la pratique, plus grande sans doute qu'après la circulaire Fontanet : la Cour de Cassation confirmerait-elle ? Un début de soulagement fut apporté par les deux arrêts du 13 juillet 1961 que nous avons étudiés plus haut. Un arrêt du 11 juillet 1962 allait donner au contrat d'exclusivité « à la fois l'existence et une charte » (70).

(69) Il ne peut donc s'agir pour la Cour de Paris d'une demande anormale, car il faut, pour qu'une demande soit anormale, « des raisons qui tiennent soit à la qualité de celui qui la formule, soit à des éléments intrinsèques » (tels seraient l'inaptitude à commercialiser, la demande d'une quantité disproportionnée aux besoins de celui qui la formule, des conditions de livraison insolites). Et ici ce n'est pas le cas, nous dit la Cour.

(70) Pour reprendre l'expression de M. J. Robert, note au D. 1962, précité.

Pour cet arrêt, le contrat de concession exclusive sera une justification du refus de vente en ce qu'il a pour effet de rendre juridiquement indisponibles à l'égard des tiers les marchandises détenues par le vendeur. Il peut constituer un usage dans le commerce des produits requérant une haute technicité ou de marchandises de haute qualité. Mais il faut, pour cela, que les cocontractants aient réciproquement limité leur propre liberté commerciale, que le contrat n'ait pas — de façon directe ou indirecte — pour effet de fixer les prix et qu'il tende essentiellement à l'amélioration du service rendu au consommateur. Le juge aura donc, dans chaque espèce, à vérifier si le contrat de concession exclusive correspond à ces caractéristiques, s'il est exempt de toute idée de fraude à l'égard des droits des tiers, et s'il ne procède pas de l'esprit de limitation volontaire de la concurrence (71).

Sur renvoi, la Cour d'Amiens appliqua ces critères à la « Charte de Concessionnaires Exclusifs Beaulieu » et condamna la Société Brandt.

B. — L'affaire Brunel (72).

L'affaire Brunel, en premier lieu, ne concerna pas le problème de la concession exclusive, mais plutôt la notion de demande anormale.

Une chaîne de magasins libre service, la Société S.A.V.E.C.O., avait commandé à un fabricant, la S.A.R.L. Brunel Frères, 165 kilogrammes de cire en pâte. Le fabricant fit connaître qu'il ne pouvait pas répondre favorablement à une telle demande, mais proposa d'engager des pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat commercial. La Société S.A.V.E.C.O., sans répondre à ces ouvertures, commanda alors 330 kilogrammes de cire en pâte que le fabricant ne livra point. La procédure s'engagea.

Les juges du fond relaxèrent le prévenu : pour eux, les commandes de la Société S.A.V.E.C.O. étaient incontestablement anormales. La première (celle de 165 kilos) portait sur une quantité de produit insuffisante pour l'approvisionnement des nombreux magasins de la chaîne S.A.V.E.C.O. La seconde (celle de 330 kilos) avait été passée sur le conseil du service des enquêtes économiques. Or, pour la Cour de Douai, devaient être tenues pour anormales la demande ne correspondant pas aux besoins réels du sollicitant et celle qui n'a pas pour objet la satisfaction de ses besoins, mais la constatation d'une infraction. La Cour de cassation estima que de tels motifs ne

(71) Ainsi au siècle dernier admit-on que le refus de vendre un produit taxé pouvait être justifié s'il était motivé par une intention différente de celle de tourner la taxe, cf. Crim., 11 janvier 1889, D.P. 1889.I.222, précité.

(72) Douai, 12 avril 1962, inédit, Crim. 9 janvier 1963, J.C.P. 1963.13063 ; Dijon, 7 juin 1963, inédit, Crim. 22 octobre 1964, J.C.P. 1965.14160, note Hémard.

lui permettaient pas d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision de relaxe et cassa la décision.

C'est alors que dans cette affaire apparut le problème de la concession exclusive. La Cour de Dijon, saisie, rejeta entre autres arguments (73) de la Société Brunel, celui selon lequel la demande de la Société S.A.V.E.C.O. était une demande anormale. Mais, il fut admis que la société sollicitée avait valablement pu refuser à la Société S.A.V.E.C.O. la vente du produit demandé, au motif qu'elle s'était engagée vis-à-vis de diverses chambres syndicales de droguistes détaillants à réserver à leurs seuls adhérents la vente de la cire en pâte considérée. En contrepartie de cette exclusivité, les droguistes s'engageaient à maintenir un approvisionnement constant en produits « Starwax », à les recommander à leur clientèle et à pousser à la vente de ces produits; certes, ils ne promettaient pas une exclusivité réciproque, restant libres de proposer à leur clientèle des produits d'autres marques, mais « il existait... de leur part un engagement précis et important en faveur de la marque Starwax » qui suffit à la Cour de Dijon pour conclure à l'existence d'une concession exclusive valable.

La Cour de cassation, cela ne pouvait faire de doute, cassa un tel arrêt, remarquant, en l'espèce, que les contrats considérés « dont l'une des parties n'avait pas elle-même la qualité de commerçant, n'avait pour effet de limiter en aucune façon la liberté des droguistes acheteurs ». Mais ce qui est plus important (74), c'est que la Chambre criminelle, pour la première fois, définit dès le début de son arrêt, en un « chapeau », les conditions auxquelles un contrat de concession exclusive doit satisfaire pour justifier un refus de vente : « Attendu que l'existence d'un contrat de concession exclusive ne peut justifier un refus de vente au sens des dispositions de l'article 37-1°-*a* de l'ordonnance n° 45.1483 du 30 juin 1945, qu'autant qu'aux termes de ce contrat, conclu directement entre le vendeur et l'acheteur, les cocontractants ont eux-mêmes réciproquement limité leur propre liberté commerciale, et s'il est établi que ledit contrat n'a pas pour objet ou pour effet, même indirect, de limiter la liberté du concessionnaire de fixer lui-même comme il l'entend le prix de vente du produit, mais qu'il tend au contraire essentiellement à assurer une amélioration du service rendu au consommateur. » Ce qui est une définition à la fois plus précise et plus concise que celle qui se trouvait dans le corps de l'arrêt Brandt.

(73) Ainsi ne fut pas admis l'argument pris de la technicité requise des détaillants pour la vente de ce produit, non plus que celui pris de la mauvaise foi de l'acheteur.

(74) Cf. Hémard, note au J.C.P. 1965.14160.

*
* *

Ainsi, la Cour de cassation (75) a-t-elle défini le refus de vente tel qu'il découle du décret de 1958 : illicite quand il a pour but de maintenir un prix, et n'étant pas une prérogative absolue du titulaire de la marque, le refus de vente pourra, par contre, être justifié par l'incompétence technique du sollicitant ou par l'existence d'un contrat d'exclusivité « réel », « sérieux », et qui, tendant « essentiellement à assurer une amélioration du service rendu au consommateur rendra « indisponible la marchandise demandée.

Pour savoir si l'existence du délit de refus de vente a une influence quelconque sur la solution du problème du refus de contracter, il reste à nous demander si ce délit est la sanction d'un refus de contracter.

Section III

LE DELIT DE REFUS DE VENTE, SANCTION D'UN REFUS DE CONTRACTER ?

Nous venons donc de définir le refus de vente tel qu'il se présente en droit positif. Notre problème, maintenant, est de savoir si nous pouvons déduire, de l'existence de ce délit, l'obligation pour certains de contracter au profit d'autres personnes, ou, si l'on préfère, s'il est possible de considérer ce délit comme la sanction pénale d'un refus de contracter.

Cette conclusion, on la formulerait peut-être si le texte de 1958 était semblable à l'article 54 de la loi du 1er septembre 1948 (76). Ce texte, on le sait, dispose que « toute personne convaincue d'avoir

(75) En fléchissant d'ailleurs sa jurisprudence du 13 juillet 1961 sur la notion d'usage commercial au sens de l'article 37-1°-a. On nous reprochera, très certainement, d'avoir passé sous silence d'importantes décisions concernant les notions « d'usages commerciaux » au sens de l'article 37-I-a, ou de bonne foi, ou même d'avoir escamoté la discussion sur la notion de disponibilité (doit-elle être matérielle comme le disait la Cour de Paris, ou juridique selon l'interprétation de la Cour de cassation) qui touche directement au contrat d'exclusivité. Mais il nous a semblé que l'important pour nous, n'est pas tellement de savoir si le fait, pour le sollicitant, de vendre à perte constitue la mauvaise foi, ou d'essayer de faire un parallèle entre les notions de disponibilité juridique et matérielle et celle de garde juridique et matérielle — parallèle qui n'est pas tellement absurde — mais de rechercher le plus vite possible quelle est la position de la Cour de cassation sur le problème du refus de vente, c'est-à-dire de connaître le domaine objectif de cette notion.

(76) Sur ce problème Planiol et Ripert, T. X, par Givord et Tunc, n° 542. Renard, « Infractions à la législation des loyers », Jurisclasseur pénal, Lois pénales annexes nos 92 à 108.

refusé de louer à un locataire éventuel, en raison du nombre de ses enfants, un des locaux visés par la présente loi, alors qu'il était vacant », est passible de peines correctionnelles. Et il ajoute : « En outre, l'auteur de l'infraction sera tenu de consentir à la famille évincée, pour une durée minimum de trois ans, un bail sur l'immeuble refusé » (77) ; si cela est impossible du fait d'une autre location, « l'auteur de l'infraction sera condamné à des dommages-intérêts envers la partie lésée. » On pourrait être tenté de voir dans ces dispositions une obligation de contracter, sanctionnée pénalement et civilement : en effet, l'auteur de l'infraction est tenu de passer le contrat et s'il ne le peut, l'obligation de faire se résout comme il se doit en dommages-intérêts.

Mais, outre qu'une telle conclusion concernant la loi de 1948 serait très certainement hâtive, il n'est pas du tout évident que l'on puisse assimiler le refus de vente, tel qu'il est conçu par le décret de 1958, au refus de louer tel qu'il ressort de la législation sur les loyers. Une différence nous semble fondamentale : la victime du refus de vente ne peut pas solliciter d'une indemnité. Nous étudierons dans un paragraphe 2 cette particularité, après avoir dans un paragraphe 1er, tiré les conséquences du domaine restreint du délit de refus de vente.

§ 1. — Le domaine restreint du refus de vente.

Deux choses ici sont à considérer : d'une part, qu'il faut de nombreuses conditions objectives pour que le délit de refus de vente puisse faire l'objet d'une sanction, d'autre part, que la personnalité même du sollicitant risque fort de constituer souvent pour le sollicité un fait justificatif. Ce n'est qu'après avoir précisé ces deux idées que nous verrons leur influence sur le problème du refus de contracter.

A. — Les limites.

1° Le domaine objectif.

Notre démarche nous a permis de voir que l'auteur d'un refus de vente n'encourt aucune répression quand il veut protéger sa marque, ou assurer un service après vente correcte — dans les cas de produits de haute technicité ou de produits de prestige bien sûr — ou lorsqu'il entend faire respecter un contrat d'exclusivité licite. Il y a donc des causes d'exonération plus larges en fait que la simple deman-

(77) Cette solution est un progrès par rapport à la loi de février 1941 qui, dans cette hypothèse, ne prévoyait que des sanctions pénales, ce que regrettait M. Nast dans son commentaire au D.C. 1941, Lég., p. 35, cf. *infra*, note 82.

de anormale (78) ou la mauvaise foi de l'acquéreur. Il y a des causes qui ont quelque chose de vexatoire pour le sollicitant. Car il ne faut pas s'y tromper : il est vexant pour le sollicitant de s'entendre répondre « nous ne vendons pas parce que vous êtes incompétent » ou bien « parce que votre magasin n'est pas assez luxueux » ou encore « parce que vous ne faites pas partie de notre club ». En un mot, il y a des frontières très nettes au pouvoir qu'a n'importe quel sollicitant de solliciter n'importe quel fabricant de lui céder sa production.

Ainsi, le délit de refus de vente tel que la Cour de cassation le conçoit, après ses arrêts Olibet, Radio Matériel Brandt et Brunel, paraît être plus un épouvantail, qu'un véritable moyen de pression créant une obligation de contracter. En effet, à qui les fabricants seront-ils tenus de vendre ? A tous ceux qui auront la compétence nécessaire pour vendre leurs produits. On est presque tenté de parler de compétence *ratione materiae* et *ratione loci*... Il n'est donc pas question de voir tel grand couturier contraint de vendre ses modèles à tel grand magasin (79), ni tel horloger de précision amené à vendre les siens à un marchand forain... Ce que l'on veut — toutes les juridictions, tous les textes administratifs et légaux s'entendent à le dire — c'est contraindre les prix à s'établir naturellement par le libre jeu de l'offre et de la demande. Et, de même que le législateur de 1948 a distingué différentes catégories entre les immeubles — car peu importe que tel financier dépense des millions (anciens) annuellement pour payer le loyer d'un hôtel particulier — de même certaines catégories de biens restent étrangères au domaine du décret. Celui-ci, en fait, n'a d'autre but que de faire régner l'ordre à l'intérieur des marchés d'objet de consommation courante (80).

(78) Sur la notion de demande anormale, Crim., 9 janvier 1963, J.C.P. 1963. 13063, Rev. Trim. Dr. Com., 618 et obs. Hémard, précité, Paris, 28 juin 1961, J.C.P. 1962.12475.

(79) Encore que la presse ait parlé, en son temps, de ce grand couturier qui a créé des modèles « boutiques » dont la destinée est justement d'être vendus dans les grands magasins. Mais il y a loin des grands magasins du centre de Paris à ceux de nos provinces.

(80) On verra une excellente démonstration de ce que nous avançons ici dans l'arrêt de la Cour de Paris du 26 mai 1965, G.P., 1965.2.76, « Guerlain contre M.P. » « Considérant qu'il convient de constater que le marché des parfums de luxe est un marché très étroit, animé par une clientèle riche, qui s'accommoderait mal d'une distribution défectueuse et vulgarisée, qu'en fait les parfums de haute qualité, conservés en chambre froide par l'industriel avant d'être mis sur le marché finissent par se détériorer en vieillissant, que dans ces conditions un renom, générateur de ventes importantes tant en France qu'à l'étranger, ne saurait être maintenu si l'industriel étant acculé à la multiplication de ses points de vente et ne pouvant plus suivre et surveiller ses produits dans l'intérêt du client devait cesser d'exercer un contrôle strict et attentif sur un mode de distribution qui a assuré sa réussite ; qu'en conséquence et sur le plan économique, s'agissant d'un produit de haute qualité, destiné à une élite financière et cosmopolite, il apparaît souhaitable et conforme aux usages commerciaux de reconnaître à un industriel désireux de main-

Limité, parce que certaines catégories d'objets y échappent par leur nature même, le domaine du décret l'est encore parce que la loi intervient très souvent dans la commercialisation de certains biens. Cette incidente « que la vente de produits ou la prestation de service n'est pas interdite par la loi ou par un règlement de l'autorité publique » est de première importance... Un fabricant de produits chimiques vendrait-il à n'importe qui une matière qui, comme le phénobarbital, par exemple, serait le composant premier de produits qui ne peuvent être délivrés que sur ordonnances médicales ?... Quelle manufacture d'armes livrerait au premier venu une quantité — si minime soit-elle — d'armes cataloguées comme armes de guerre ? Que l'on n'objecte pas qu'il s'agit là de choses dangereuses. Bien d'autres produits sont encore soumis à des réglementations spéciales quant à leur vente, et font échapper leur vendeur à des recherches pour refus de vente (81).

Ainsi donc si le refus de vente ne frappe que les détenteurs de produits qui ne sont pas des produits de marque, qui n'exigent pas du revendeur des connaissances techniques, qui ne font pas, entre producteurs et distributeurs, l'objet de contrat d'exclusivité, et qui ne font pas l'objet d'une réglementation, on voit que le nombre des délinquants virtuels risque d'être des plus réduits.

2° La notion d'*intuitus personae.*

Cette restriction du nombre des prévenus possibles est augmentée par une notion dont nous n'avons pas parlé jusqu'à maintenant, mais dont l'importance est grande, la notion d'*intuitus personae.*

On comprend qu'une convention soit conclue en considération de la personne de son cocontractant et nous en connaissons beaucoup. Il ne faut donc pas s'étonner si cette notion apparaît en matière de refus de vente ou de prestation de service (82). D'ailleurs, quand on parle de compétence technique et lorsque la société Brandt nous disait que parmi ses critères elle retenait « la personnalité » du

tenir son niveau de production par les débouchés qu'il a su gagner sur un marché étroit, le droit de veiller, dans l'intérêt de l'acheteur à la parfaite commercialisation de ses produits et, partant, de rester maître du nombre et du choix des concessionnaires avec lesquels il entend se lier contractuellement ». Il faut noter, d'autre part, qu'il y a dans cette décision une confirmation de toute cette jurisprudence Guerlain que nous avons rapportée au texte, et par laquelle le parfumeur avait fait condamner certains détaillants qui n'étaient point liés à lui par une convention d'exclusivité et qui vendaient malgré tout des produits Guerlain. On peut voir aussi dans le même sens, Paris, 18 novembre 1964, D. 1965.792, note Guyenot (cette fois à propos de conserves alimentaires « de luxe »). Sur ces deux décisions : obs. Bouzat, Rev. Trim. Dr. Com., 1966.187.

(81) Verrait-on un citadin s'adresser à une compagnie pétrolière et lui passer commande de cette essence qui fait envier les paysans en France par ceux qui ne le sont pas ?

(82) Le refus de l'article 54 de la loi du 1er septembre 1948 n'est-il pas un refus *intuitu personae ?*

futur concessionnaire, n'est-ce pas là la notion d'*intuitus personae* ? C'est pour cela aussi que des banquiers ont cru pouvoir refuser d'entrer en relations d'affaires avec des quidams, et que ceux-ci les citèrent devant le juge commercial (83).

La première série d'espèces (84) que nous analyserons ici oppose le même demandeur à trois banques. Deux de celles-ci refusaient la réouverture de comptes qu'elles avaient fermés d'autorité; la troisième ne voulait pas ouvrir un compte à ce nouveau « client ». Le sollicitant, ainsi repoussé, assigna donc ces trois établissements devant le tribunal de commerce en invoquant l'article 37-1-*a* de l'ordonnance du 30 juin 1945. Par trois jugements similaires, il lui fut répondu, sur trois plans différents, que son insistance était déplacée. D'une part, les juges consulaires rappelant le but économique du décret de 1958 — ni hausse des prix, ni obstacle à la baisse — retinrent que l'attitude de la banque ne peut entraîner aucune des conséquences funestes qu'il combat (85). D'autre part, on objecta que les opérations réalisées par les banquiers au profit de leurs clients ne sont pas seulement des prestations de service — au demeurant complexes — mais qu'elles ressortissent du mandat. Or le texte invoqué par le demandeur ne prévoit que le refus par le professionnel de prester ses services. Enfin, et surtout, on lui rappela que le choix du client comporte de nombreuses conséquences pour la banque, notamment en matière de chèques tirés sans provision et que la situation morale d'un établissement dépend, dans une certaine mesure, de critiques qui peuvent être faites sur sa clientèle. De tout cela, les juges consulaires concluaient que, du fait de cet *intuitus personae*, l'activité bancaire comporte dans tous les cas le choix du client, car, quand bien même il y aurait pollicitation de la part de la banque, cette pollicitation sous-entend une réserve d'acquiescement.

Les débats de l'autre affaire (86) n'ont pas tourné autour de la législation sur les prix, et nous avons longuement hésité pour savoir si nous devions y voir une confirmation de la solution précédente ou s'il s'agissait d'un domaine totalement différent. Les faits sont les suivants. Au moment où la fièvre pétrolière tenait les spéculateurs —

(83) Sur la responsabilité délictuelle du banquier : Georgeacopoulos, *op. cit.*, p. 337. On cite aussi parfois, cf. Plaisant, note précitée au J.C.P. 1961.12052, une décision du Trib. Corr. Seine du 7 mars 1960, Rev. Banque 1960, p. 740 concernant un agent de change. Mais sa qualité d'officier ministériel fait qu'il s'agit là d'un exemple inadéquat et les juges pénaux l'ont bien compris, qui relaxèrent.

(84) Trib. Com. de la Seine, 27 juin 1960, G.P. 1960.II.220, obs. X. Marin, Rev. Banque, 1960.536.

(85) On a beaucoup parlé de cette interprétation téléologique du décret, cf. Hamel, Rev. Banque, 1959, p. 6, Gavalda, « Le refus du banquier », J.C.P. 1962.1727.

(86) Trib. com. Seine, 29 mai 1958, G.P. 1958.II.155, Rev. Trim. Dr. Com., 1958. 58796 et sur appel, Paris, 13 mars 1961, J.C.P. 1962.II.12900, G.P. 1961.I.373, Rev. Trim. Dr. Com., 1961.273.

de toutes tailles — français, une société de recherches pétrolières, la C.O.F.I.R.E.P. procéda à une augmentation de capital par une émission d'actions; les actionnaires anciens ayant renoncé à leur droit préférentiel de souscription, onze établissements de crédit s'étaient engagés à assurer le placement des nouveaux titres, dans la limite du nombre dont chacun garantissait la souscription. Un souscripteur s'étant présenté au guichet de l'agence d'un de ces établissements, il lui fut déclaré que la souscription n'était pas ouverte dans cette agence. Il assigna l'établissement en dommages-intérêts à raison du préjudice que lui avait causé l'impossibilité de souscrire des titres qui — à cette époque — ne cessaient de monter. Deux attitudes étaient possibles. Celle du Tribunal de commerce de la Seine qui eut le premier à connaître de l'affaire, et qui estima que la C.O.F.I.R.E.P., n'ayant pas ouvert une souscription publique, mais ayant chargé certaines banques du placement des nouveaux titres dans le public, celles-ci avaient donc le choix des souscripteurs. Celle de la Cour de Paris, qui déduisit des termes du prospectus et de la publicité de la notice que l'offre de souscription s'adressait au public en général. De ces deux attitudes intellectuelles, toutes deux défendables, il nous semble que l'on peut déduire malgré tout une confirmation de la jurisprudence précédente. Ou bien en effet, on admet que dans une opération de ce genre le banquier a le libre choix de son client parce que son offre est assortie de cette réserve, et il ne peut être sanctionné. Ou bien on considère que son offre est parfaite, sans réserve d'aucune sorte, et il est alors tenu sur la base de la responsabilité contractuelle. C'est exactement ce que diront les jugements du tribunal de commerce de la Seine du 27 juin 1960 (86 *bis*).

B. — Leur influence.

L'analyse du domaine du refus de vente nous a conduit aux notions d'offre et d'acceptation, c'est-à-dire sur le terrain du contrat formé, et non plus sur celui du contrat à former. Il existe déjà, sur ce terrain, des sanctions civiles et il n'est pas déraisonnable de penser que la sanction pénale ne fait que s'ajouter à celle-ci.

Mais, objectera-t-on, les textes que nous avons analysés n'ont-ils pas pour résultat de forcer la main à l'offrant, ou si l'on préfère, de mettre des individus en état d'offre forcée ? N'existerait-il pas une notion, encore mal définie, de service économique, comme il existe une notion de service public ? Il serait assez généreux de répondre par l'affirmative, et certains auteurs ont cru pouvoir dégager un devoir d'approvisionnement public (87), mis à la charge de certains com-

(86 *bis*) Précités, voir p. 108 texte et note 84.

(87) Cf. Rieg, « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand », p. 220 et s.

merçants par la jurisprudence. Nous reviendrons sur cet aspect jurisprudentiel de la question (87 *bis*). Ici, le problème est d'ordre législatif. Certes, il n'est pas impossible au législateur de créer un service d'approvisionnement public. Mais il faut nous demander, alors, quelle différence juridique il existerait, dans cette hypothèse, entre un boulanger ou un boucher, ou un industriel tenus par la loi de remplir ce service, et un service public ou un officier ministériel. Très certainement aucune, et les conclusions que nous avons dégagées pour les services publics, nous pourrions les dégager ici. Ou bien on tiendra pour le contrat et on ne pourra pas rejeter la notion d'offre qui, supposant l'acceptation pour être juridiquement efficace, place la question sur le terrain de l'exécution du contrat, et non plus sur celui de sa formation. Ou bien on rejettera la notion même du contrat. De toute façon il ne pourra pas être question de refus de contracter. Il n'existera même pas, dans une telle hypothèse, une obligation absolue de livrer : de même que l'usager du service public doit répondre à certaines conditions, de même le sollicitant doit, dans une économie dirigiste, présenter certaines qualités (88), s'il ne veut pas essuyer une fin de non-recevoir.

Peut-on parler d'une réglementation de l'offre de contrat comme nous l'avons fait plus haut à propos de la taxation ?

Nous ne le croyons pas puisque c'est la mesure de taxation elle-même qui est la réglementation de l'offre. Ici, rien de semblable. Certes, notre régime de prix reste, en principe et en général, et depuis la loi de 1940, le régime du blocage. Mais ce n'est pas tellement la limite ainsi fixée que le législateur veut faire respecter. Son but n'est pas de réglementer autoritairement l'offre du contrat, mais bien, plutôt, de la régulariser. Si l'on préfère, la législation pénale sur le refus de vente se présente comme la sanction d'un principe de non-discrimination qui s'impose au commerçant, comme s'impose au service public le principe d'égalité, ou au patron le principe de neutralité. Ce qui explique qu'il existe une coïncidence entre les solutions apportées par le droit pénal au refus de vente et celles que la jurisprudence civile donne au problème de l'offre. Nous verrons le strict contrôle apporté à la licéité des réserves assortissant l'offre. Nous verrons aussi la protection accordée au sollicité. Mais, dès à présent, comment ne pas penser à ces solutions lorsqu'on lit l'article 37-1-*a*. Il calque la jurisprudence civile. Il ne lui apporte rien. On peut même se demander, d'ailleurs, si l'application qui en est faite n'est pas moins protectrice des intérêts du sollicitant que cette jurisprudence.

(87 *bis*) Voir *infra*, p. 170.

(88) M. Hazard (« Le droit et l'évolution de la société en U.R.S.S. », précité, p. 63), cite une intéressante espèce de « refus de contracter » en U.R.S.S. Nous renvoyons à ses développements.

§ 2. — L'impossibilité pour le sollicitant d'agir en indemnité.

La simple considération du domaine du refus de vente nous a permis de voir qu'il n'est pas possible de voir dans la répression de ce délit la sanction d'un refus de contracter.

Il est une autre raison qui milite en faveur de cette solution : l'impossibilité où se trouve la victime d'agir en indemnité.

Reprenons la notion de contrat : c'est un lien juridique obligatoire — et volontaire — qui unit deux personnes, un créancier et un débiteur. Ces personnes, nous disent les partisans d'une notion de contrat obligatoire, peuvent être désignées par la loi. Dans le cas du refus de vente, le créancier serait le sollicitant éconduit et le débiteur l'auteur du refus, de même que, dans l'hypothèse de l'article 54 de la loi du 1er septembre 1948, le créancier se trouve être le candidat au bail et le débiteur l'auteur du refus (89). On peut se demander alors, s'il ne serait pas logique que le créancier obtienne que la vente lui soit consentie, et, si cela était devenu impossible, qu'il obtienne des dommages-intérêts. Ainsi, le candidat au bail de l'article 54 de la loi du 1er septembre 1948 peut-il obtenir que le bail lui soit consenti et, sinon, recevoir des dommages-intérêts. En un mot, il faudrait que le sollicitant éconduit puisse se présenter comme partie civile au procès pénal. Or cela lui est interdit. La jurisprudence est, à ce jour, formelle sur ce point. Certaines décisions avaient cru pouvoir admettre une solution plus favorable et recevoir la partie civile en retenant le préjudice subi. Un jugement du tribunal correctionnel de Lyon (90) est ainsi motivé : « Il est incontestable en effet qu'en offrant elle-même ses produits aux Etablissements Economiques Troyens, et en refusant par la suite de continuer ses livraisons, la S.O.V. a causé à cette société un préjudice important », et reçoit la partie civile en son action. Mais que voulait-on réparer ? Le refus de vendre ? Ou bien, plutôt le fait d'avoir interrompu les relations commerciales commencées à l'initiative de celui qui devait les rompre ? Il y a là, nous semble-t-il, une nuance, et la situation n'est pas sans rappeler certaines demandes en indemnité pour rupture de concubinage, ou rupture de promesse de mariage. Ce n'est pas tant le fait de rompre qui est fautif, que de rompre après avoir soi-même provoqué l'établissement de certaines relations.

(89) Qui n'est pas forcément, rappelons-le, le propriétaire. Ce peut tout aussi bien être un locataire principal.

(90) 3 octobre 1956, J.C.P. 1957.5790, précité. Il s'agissait d'un grossiste qui, après avoir sollicité une maison et lui avoir fait des livraisons, avait refusé de continuer les relations commerciales.

Quoi qu'il en soit, un arrêt de la Chambre criminelle du 19 novembre 1959 (91) a fixé la jurisprudence : il ne peut y avoir de partie civile dans une instance concernant la matière des délits économiques en général et l'application de l'ordonnance du 30 juin 1945 en particulier. Car, nous dit la Cour suprême, il s'agit là de dispositions qui « ont été édictées dans un but d'intérêt général, à l'effet d'établir au bénéfice de l'ensemble de la collectivité (92) la fixation des prix des divers services et produits dans les limites déterminées par les autorités et organismes compétents, et non en vue de protéger les intérêts particuliers de tel ou tel usager ou consommateur envisagé individuellement » ; ce qui permet à la Cour de déduire que ces dispositions, « par leur objet même et par la procédure spéciale qu'elles prévoient en vue d'assurer la répression excluent pour les particuliers la faculté de mettre eux-mêmes en mouvement l'action publique en se constituant partie civile, ou de se joindre en cette qualité aux poursuites intentées par le ministère public pour demander devant la juridiction répressive la réparation d'un préjudice subi par la collectivité tout entière ».

A la base de cette attitude, il y a l'idée que l'administration peut toujours transiger, et qu'il ne faut pas qu'elle soit contrariée dans ses négociations par l'action d'une partie privée.

On a fait remarquer que la présence de la partie civile ne gênait pas l'administration, et qu'elle permettait au contraire une meilleure répression. Les partisans de la jurisprudence de la Cour suprême rétorquent, eux, que la voie civile est toujours ouverte. Chacune des théories est soutenable. Chacune est critiquable. Nous ne nous engagerons pas dans une telle discussion car, outre que tel n'est pas notre propos, elle nous semble prématurée et préjuger de bien des choses, ne serait-ce que de la base de l'action.

Sur quelle base, en effet, va-t-on agir ? Sur la base d'une responbilité contractuelle ? Encore faudrait-il qu'il y ait contrat... Sur celle d'une responsabilité délictuelle ? Il faudra prouver le préjudice...

Nous sommes donc en présence d'un délit public, qui ne prend pas en considération le fait qu'un intérêt privé puisse être lésé.

La situation, nous semble-t-il, est bien différente de celle que prévoit l'article 54 de la loi du 1er septembre 1948. Le but de cette législation est un but de protection. On prend en considération la condition du Français, poursuivi par la crise du logement et on veut le pro-

(91) J.C.P. 1960.11448, note Chambon. Sur ce problème voir Vidal, « Observations sur la nature juridique de l'action civile », Rev. sc. crim., 1963.481 ; I. Rubelin-Devichi, « L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général », J.C.P. 1965.I.1922.

(92) Inversement au siècle dernier on avait refusé de poursuivre un boucher dont la viande était taxée parce que le motif du refus ne troublait pas l'ordre public, Crim., 26 avril 1860, D.P. 1961.I.504, précité.

téger contre les spéculateurs et les égoïstes (93). On fait donc, dans ce cas, du bailleur éventuel, un bailleur forcé. Non qu'il soit tenu de louer à un individu parce qu'il a des enfants, mais il ne peut refuser la location parce que son interlocuteur a des enfants. On retire au bailleur la possibilité de discuter de cette condition : l'absence d'enfants. On considère donc que le contrat est formé sitôt que les interlocuteurs sont d'accord sur tous les points, la question des enfants mise à part. On comprend donc que le plaignant puisse obtenir que « le bail lui soit consenti » (94) et si, cela était impossible, qu'il obtienne des dommages-intérêts.

Tel n'est pas le cas dans le refus de vente. On poursuit bien la protection de la même personne, le consommateur. Mais, alors que dans l'hypothèse du refus de louer il est le sollicitant lui-même, et il sera le demandeur au procès, dans le refus de vente, le consommateur n'est pas, le plus souvent, le sollicitant. Ce qui revient à dire que la véritable victime du refus de vente n'est pas le sollicitant et explique très certainement que la loi ne parle pas de lui et que la jurisprudence ne lui donne pas le droit de se prévaloir de ce texte. Il est en effet notable que, si les juridictions pénales rejettent en cette matière les constitutions de partie civile, les juridictions civiles, elles, répugnent à utiliser le décret du 24 juin 1958 (95). Cette constatation montre, elle aussi, que considérer que ce texte met certains professionnels en état d'offre obligatoire relève de l'acte de foi : nous reconnaissons ne pas être touché par la grâce.

Reste alors au sollicitant la voie de l'article 1382. Il a été montré (96) que si le législateur en est venu à incriminer le refus de vente c'est, dans une large mesure, pour des raisons de facilité de preuve : en incriminant un fait généralement facile à prouver, on dispense les services économiques d'établir d'autres manœuvres anticoncurrentielles, qui sont le plus souvent à l'origine du refus de vente, mais dont la preuve directe pourrait s'avérer délicate; on

(93) Un spéculateur est le plus souvent un égoïste, un égoïste n'est pas obligatoirement un spéculateur.

(94) On peut même se demander si l'expression n'est pas vicieuse car le problème du prix est résolu par l'application de barêmes et celui de la durée prévue par la loi... Il vaudrait mieux dire que le « bail soit *constaté* et que les locaux soient mis à sa disposition ». On retrouve la même incertitude de terminologie dans la doctrine. M. Nast (Ch. au D.C. 1941, lég., p. 35, précitée) écrivait, critiquant la loi de 1941, « on peut penser que la loi aurait été plus efficace si elle avait obligé le bailleur à passer le bail qu'il a refusé et décidé que le jugement rendu sur la poursuite pour infraction à la loi tiendrait bien sous certaines conditions fixées par elle de location », cf. *supra*, n° 77, p. 105.

(95) La jurisprudence Guerlain, la décision citée plus haut sur le refus par un banquier d'ouvrir un compte nous semblent témoigner de cette répugnance.

(96) Levasseur, « La répression des infractions à la réglementation des prix », J.C.P. 1941.1183 ; Cosnard, « Chronique droit social », 1961, précitée.

rejette alors sur l'inculpé la charge de prouver que son acte n'est pas contraire aux règles d'une saine concurrence, qu'il est justifié par un des faits prévus par le législateur.

Mais, si on interdit au sollicitant éconduit d'invoquer cette législation, il lui faudra prouver bien des choses. La faute d'abord. Certes l'apport du dossier pénal sur le bureau du tribunal sera d'une aide précieuse. Mais ce n'est pas tout. Quel sera son préjudice ? Et s'il ne s'était jamais adressé à l'auteur du refus aurait-il subi ainsi un perpétuel préjudice dont il ne se serait pas rendu compte ? Faudra-t-il alors que, de même que dans une espèce déjà examinée (97), l'auteur du refus ait pris l'initiative des relations et de la rupture ? Mais alors ce n'est plus d'un refus que naît l'obligation de réparer. D'ailleurs, nous l'avons dit, la véritable victime du délit, c'est le consommateur.

*
**

Concluons : il nous semble que dans l'état actuel des choses il soit prématuré de dire que la législation économique soit à l'origine d'un refus de contracter qui serait civilement — et même pénalement — sanctionné, et encore plus prématuré d'affirmer qu'elle crée un contrat obligatoire (98). Tout ce que l'on peut dire, c'est que,

(97) Trib. Corr. Lyon, 3 octobre 1956, J.C.P. 1957.5790.

(98) Certains diront que, dans un domaine voisin, les hypothèses d'assurance obligatoire (automobile, funiculaire, téléphérique ou remonte pente) peuvent engendrer des refus de contracter fautifs, la meilleure preuve en étant l'intervention des Bureaux de Tarification. Il y a là une vue superficielle des choses. Tout d'abord il a été montré en introduction (*supra*, p. 21) que c'est par abus de mots que l'on parle de contrat en matière d'assurance obligatoire. D'autre part l'intervention du bureau de tarification est, au contraire, la meilleure preuve que la nature des relations assurance-assuré, dans l'hypothèse de l'assurance obligatoire, sort du cadre contractuel, car les conditions de l'opération étant fixées autoritairement il est vraiment impossible de parler de contrat. Encore que MM. Picard et Besson (« Les assurances terrestres en droit français », T. I. Le Contrat d'assurance, n° 436) écrivent que la décision du bureau « oblige l'assureur à contracter », il est bien évident — outre la contradiction qui réside dans l'alliance des termes « contrat forcé » ou « contrat imposé » — que ce qu'ils décrivent n'est pas un contrat : « ... Le législateur a créé un organisme d'arbitrage dénommé Bureau Central de Tarification, organisme paritaire composé de représentants des assureurs et des représentants des assujettis et assisté d'un commissaire du gouvernement... Ce bureau est saisi, en cas de refus par un assureur, d'une proposition faite dans le cadre de la loi de 1958... (Il) doit d'abord décider si le risque proposé et refusé par l'assureur constitue ou non, en raison des circonstances qui lui sont propres, un risque anormalement grave. S'il l'estime tel il doit, soit fixer une prime supérieure au tarif de référence (aujourd'hui de l'assureur lui-même) soit appliquer ce tarif et fixer le montant d'une franchise qui restera à la charge de l'assuré... soit simultanément fixer le montant de la prime et de la franchise. S'il n'estime pas le risque anormalement grave, il doit en principe appliquer le tarif de référence, à moins que le risque ne rentre pas dans l'une des catégories de ce tarif, auquel cas il fixe la prime en tenant compte de l'usage en la matière. La décision du bureau... est en

dans certaines hypothèses, la loi sanctionne pénalement (99) le fait, pour certains, de restreindre leurs offres. Est-ce aller tellement plus loin que la jurisprudence du siècle passé en ce qui concerne la taxe ?...

principe immédiatement exécutoire... Elle oblige l'assureur à contracter dans les conditions par lui fixées.... » Dans cette description la dernière phrase est de trop et il n'est pas certain du tout que la qualification d'organisme d'arbitrage donnée au bureau de tarification soit exacte (sur l'arbitrage, cf. CORNU et FOYER, Procédure civile, p. 47. Mme RUBELIN, « L'arbitrage », Thèse, Lyon, 1964). Ce qui est certain au contraire c'est qu'une décision autoritaire va s'imposer aussi bien à l'assureur qu'à l'assuré. Et l'assurance qui n'était obligatoire que pour ce dernier — ce qui rendait déjà particulièrement suspecte la qualification contractuelle — le devient aussi pour l'assureur — ce qui confirme que l'assurance obligatoire n'est plus un contrat.

(99) Est-ce un bien ? Cela n'est pas certain. M. Perrot (note D. 1955.537) fait cette remarque : « Il est toujours dangereux de vouloir greffer des mesures à caractère pénal sur des rapports de pur droit privé, car c'est introduire un corps étranger qui ne parvient pas à s'assimiler. Le contrat qui est un équilibre entre les forces économiques concurrentes et également respectables n'a pas été conçu pour servir de support à des moyens de répression. »

DEUXIEME PARTIE

REFUS DE CONTRACTER ET LIBÉRALISME

Si en présence d'interventions étatiques nos recherches ont été guidées par l'objet même de ces interventions, il en sera, par définition, différemment, en régime purement libéral, en l'absence de toute intervention.

C'est donc la formation du contrat à l'état pur qu'il nous faut envisager, en partant de la constatation d'évidence que le contrat peut se former soit immédiatement, soit à l'issue de négociations.

Nous étudierons donc les problèmes soulevés par le refus de contracter dans chacune de ces hypothèses, en deux titres :

TITRE PREMIER : *Le refus de contracter et la formation immédiate du contrat.*

TITRE II : *Le refus de contracter et la notion de pourparlers.*

TITRE PREMIER

LE REFUS DE CONTRACTER ET LA FORMATION IMMEDIATE DU CONTRAT

Le refus de contracter, c'est le refus « opposé spécialement à une personne qui en avait fait l'offre » (1). Cette définition domine toutes les recherches habituellement menées en notre matière.

Assimiler le sollicitant à un pollicitant et chercher des raisons d'engager la responsabilité de celui qui, en butte à cette proposition de contrat, s'y dérobe, tel est le sens de la recherche classique sur le refus de contracter.

On comprend que cette démarche ait eu lieu dans deux sens différents, déjà rencontrés, et que l'on se soit demandé si le refus de contracter est un acte illicite ou simplement un acte abusif, un acte fait contre le droit (objectif) ou outre son droit (subjectif).

L'une ou l'autre de ces solutions est à la fois incomplète et insuffisante. Et notre démarche va consister à critiquer dans un Chapitre Premier les solutions classiques apportées au problème du refus de contracter, pour rechercher, dans un Chapitre II, quelle est la véritable nature de ce refus.

(1) Carbonnier, T. II, n° 95.

CHAPITRE PREMIER

Vision classique du refus de contracter.

Nous avons montré, dans notre Introduction générale, comment les auteurs présentent, classiquement, le problème du refus de contracter. A côté d'un refus licite, notre droit connaîtrait un refus de contracter engageant la responsabilité de son auteur, soit parce qu'il serait illicite, soit parce qu'il serait abusif.

Nous allons, dans le présent Chapitre, étudier l'une et l'autre de ces hypothèses. Nous considèrerons donc :

— Dans une Section I, l'illécéité du refus, lorsqu'il émane de personnes qui, titulaires de « monopoles de fait », sont ainsi tenues d'une obligation de contracter.

— Dans une Section II, l'application de la théorie de l'abus du droit à notre problème.

Section I

MONOPOLES DE FAIT ET REFUS DE CONTRACTER

Selon la méthode que nous avons suivie jusqu'à présent, nous allons commencer par examiner la jurisprudence habituellement citée et nous en critiquerons ensuite les interprétations.

§ 1. — Analyse de la jurisprudence.

La jurisprudence tient ici en trois affaires concernant toutes trois la matière des transports : dans les deux premières, il s'agit d'un transport terrestre de personnes, dans la troisième, d'un transport maritime de marchandises.

A. — Le transport terrestre de personnes (1).

a) *L'affaire Bouvet contre Delamarche* (2).

Le sieur Bouvet assurait un service de transports de Pontarlier à Morteau, et vice-versa. Il refusa un jour au sieur Delamarche une place dans sa voiture, alors que celle-ci était loin d'être complète, et le juge de paix de Morteau eut à connaître de la question.

Il constata tout d'abord que l'entrepreneur avait « fait connaître au public par la voix de journaux et d'affiches qu'il effectuerait des départs réguliers... et qu'il mettrait à la disposition du public un certain nombre de places » remarquant « que cette publicité constitue, en quelque sorte, un contrat avec le public, qu'il n'est pas loisible à Bouvet de détruire ».

Mais ce motif ne le retint pas ou tout au moins lui parut insuffisant, puisqu'il ajouta qu'il serait intolérable d'admettre, pour le transporteur en cause, la liberté de refuser des voyageurs. Il étayait son affirmation de deux arguments complémentaires l'un de l'autre, et pris, le premier du rapport existant entre le transporteur et ses clients, le second de l'état de l'entreprise. Le premier argument était celui-ci : s'il y a encore des places vacantes, et que des clients (de tenue irréprochable) offrent au voiturier la rétribution fixée, il ne serait pas tolérable qu'il refuse de les transporter; en effet, ce « serait lui laisser un arbitraire incompatible avec la liberté du commerce invoquée par le défendeur lui-même et lui donner le pouvoir extraordinaire de frapper d'une espèce d'interdit tel ou tel commerçant que le soin de ses affaires appelle à Pontarlier et réciproquement ». Quant au second argument, il revenait à considérer que l'entreprise n'ayant pas de concurrence et jouissant d'un véritable monopole, « il pourrait arriver que tous ceux qui auraient besoin d'elle seraient livrés à sa merci » et donc qu'elle « apporterait des entraves, à son gré, à la liberté individuelle, en paralysant les actions des citoyens, ce qui apporterait un trouble grave à l'ordre public ».

(1) Sur le transport des personnes, cf. Rodière, « Droit des transports », T. III, fasc. I.

(2) Juge de Paix de Morteau, 8 mars 1865 ; Trib. civ. Pontarlier, 23 mai 1865, Cass., 3 décembre 1867, S. 1868.I.193, note Am. Boullanger.

Le juge de paix estima que l'entreprise avait commis une faute, d'autant plus que son attitude avait été dictée « par une pure récrimination » et que le demandeur avait de ce fait subi un préjudice ; il lui accorda donc des dommages-intérêts conformément à l'article 1382.

Le tribunal civil ayant purement et simplement confirmé cette décision, l'entrepreneur se pourvut en cassation. Il ne fut pas plus heureux, mais sa démarche donna l'occasion à la Cour de cassation de brouiller consciencieusement les données du problème, en reprenant pour son compte et en les mettant apparemment sur le même plan, les motifs des juges du fond. La Cour suprême refusa de casser le jugement qui n'avait « pas violé le principe de la liberté du commerce et de l'industrie », au motif que l'entrepreneur avait « fait connaître par la voix des journaux et des affiches » l'établissement d'un service régulier de messageries, qu'il était le correspondant agréé et sans concurrence de la Compagnie des Chemins de Fer, qu'il restait des places dans la voiture quand le sollicitant avait été éconduit, que, pourtant, il avait offert de payer sa place, et que le refus causé par une pure récrimination n'était justifié par aucun motif légitime.

b) L'affaire Burguet contre Beau (3).

Les faits sont semblables aux précédents. Burguet, voyageur de commerce, s'était présenté au bureau d'une entreprise de messageries, pour retenir une place dans une de ses voitures, pour un jour donné. Il lui fut répondu qu'il n'y avait pas de place ni pour ce jour-là, ni pour le jour suivant, et comme il insistait, le préposé lui déclara avoir l'ordre de ne jamais lui donner de place.

L'entrepreneur de transport, Beau, assigné devant le tribunal de commerce, commença par se justifier en relevant contre le sollicitant quelques reproches au sujet d'un voyage fait précédemment. Ceux-ci s'étant révélé sans fondement, il déclara « qu'il était libre de transporter tel voyageur et de laisser tel autre, qu'il ne connaissait à cet égard aucune loi qui put le forcer à prendre un voyageur » (4).

(3) Trib. com. Périgueux, 26 août 1879, D.P. 1882.3.84 et sur appel, Bordeaux, 8 mars 1881, D.P. 1882.2.208.

(4) Le défendeur invoquait aussi l'argument selon lequel, si la loi de police de 1852 sur le roulage et les messageries publiques, invoquée par Bruguet devait régir la matière, il aurait commis une contravention ne relevant point de la juridiction consulaire. Celle-ci pourtant s'estima compétente car il s'agissait « bien d'une demande en dommages-intérêts basée sur l'inexécution d'un acte vraiment commercial ». On retrouve ici l'argumentation que nous avons soulevée lorsque nous avons étudié les rapports du droit pénal et du refus de contracter : il est possible que le droit pénal instaure des sanctions visant une situation donnée ; mais elles ne font que se surajouter à des situations contractuelles données. Elles ne font que renforcer par intimidation des solutions juridiquement acquises, mais

Le tribunal rejeta cet argument pour deux raisons.

L'une, que nous avons déjà rencontrée avec les entreprises de chemin de fer, titulaires d'une concession : l'entreprise en question ne peut être considérée comme une entreprise libre de transport, puisque, en obtenant l'autorisation administrative d'établir un service régulier de voitures publiques d'une localité à une autre, l'entrepreneur « a obtenu l'exercice d'une industrie qui doit être considérée comme privilège » (5).

L'autre, qui rend cette considération superflue : en vérité, le conducteur de voiture publique n'est plus libre de refuser tel ou tel voyageur depuis « le jour où il a annoncé le début de son entreprise et fixé les prix affectés aux divers compartiments de sa voiture »; l'offre qu'il a faite « de ses services a établi entre lui et le public un contrat formel auquel il ne lui est pas loisible de se soustraire, à moins que son refus ne soit justifié par un motif légitime ». Or, comme en l'espèce le sollicité n'avait aucun reproche sérieux à formuler à l'égard du sollicitant, son attitude ne pouvait donc être que « le résultat d'un caprice ou de son mauvais vouloir ».

Ce motif est important : son souci de précision, allié à une certaine maladresse de style, devait être la source de bien des interprétations à partir du « motif légitime ». Et ce, d'autant plus que la cour d'appel de Bordeaux ne devait rien faire pour rectifier le tir, bien au contraire. L'entrepreneur ayant « renoncé à soutenir qu'il pouvait, à son gré, et sans motifs légitimes, refuser à tout voyageur une des places » libres dans ses voitures, et prétendant seulement avoir un « motif sérieux » de ne pas accorder au sollicitant la place qu'il voulait retenir, il lui fut répondu que le grief relevé n'était pas justifié.

B. — Le transport maritime de marchandises (l'affaire Caillol et Saint-Pierre contre Compagnie de Navigation Mixte) (6).

Les sieurs Caillol et Saint-Pierre, négociants marseillais, voulaient expédier des marchandises à Mostaganem. La Compagnie de Navi-

dont les intéressés n'auraient peut-être pas eu conscience absolue. Le fait d'invoquer un texte portant une sanction pénale n'ajoute rien. Une chose est le délit pénal, autre chose l'acte incorrect au regard du droit civil ou du droit commercial. Et de même qu'ici on ne peut déduire de la coïncidence des fautes civile et pénale que celle-ci l'emporte sur celle-là, sinon, bien sûr, l'application de la règle *una via electa*, et forcer une juridiction commerciale à se dessaisir d'un procès, de même on ne peut déduire d'un texte pénal que par le seul fait qu'il crée un délit, celui-ci devient faute civile, sanctionnée par l'article 1382 du Code civil. D'ailleurs l'argumentation du voiturier était d'autant plus vaine que (on le verra plus bas) la loi de 1851 ne prévoyait pas une telle contravention.

(5) Caractère qui impose à l'entrepreneur « des obligations qui font fléchir dans certaines limites le principe de la liberté commerciale sur lequel il s'appuie ».

(6) Aix, 14 janvier 1881, Req. 3 janvier 1882, D.P. 1883.I.105.

gation Mixte, sollicitée, refusa de charger. Assignée en payement de dommages-intérêts, elle triompha en première instance. La cour d'appel d'Aix eut alors à se prononcer.

L'industrie du transport maritime, dit-elle, est libre, mais ce principe comporte deux exceptions : d'une part, « quand le transporteur bénéficiant d'un monopole privilégié se trouve assujetti par son cahier des charges à certaines obligations vis-à-vis du public » (7) et d'autre part, « quand lui-même, par la publication des tarifs applicables au fret a formé entre le public et son entreprise un lien duquel il résulte pour toute personne le droit acquis de faire transporter des marchandises par la compagnie moyennant le prix du tarif ».

En l'espèce, la Compagnie Mixte n'était pas titulaire d'un monopole officiel et n'exerçait « même pas le monopole de fait dont se préoccupe l'arrêt de la Cour d'Aix du 8 février 1853 » (8), car elle avait à Marseille des concurrents nombreux effectuant le transport des marchandises en Algérie.

Quant à l'offre faite au public, la Cour d'Aix relève « que la Compagnie de Navigation Mixte, dans les affiches et insertions par elle publiées au sujet du départ de ses bateaux, n'indique jamais le taux du fret auquel elle se charge d'effectuer le transport des marchandises », et que le tarif « reste soumis à la discussion des parties ». Ce point, dit-elle, est « décisif au regard du droit... Le silence gardé par la Compagnie à ce sujet dans toutes ses publications suffit à lui réserver sa complète liberté d'action... En l'absence de cet élément essentiel du contrat, l'offre de service contenue dans lesdites annonces ne donne naissance à aucun lien de droit entre la Compagnie et les tiers, et ... même après l'acceptation de ces derniers l'indépendance de la Compagnie subsiste entière ».

En conséquence de quoi la décision de première instance était confirmée et les sollicitants de nouveau déboutés.

Ils se pourvurent en cassation.

La Cour suprême confirma l'arrêt : d'une part, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'applique ici comme ailleurs; d'autre part, du moment que la Compagnie n'indique jamais le taux de fret, et que ce tarif reste soumis à la discussion des parties, elle demeure « absolument libre de refuser le chargement ».

(7) On retrouve la confusion déjà dénoncée, entre le monopole et les obligations de service public, confusion qui fait que l'on déduit abusivement ces obligations du monopole, alors qu'elles sont une conséquence du service public.

(8) D.P. 1855.2.329. Nous reviendrons sur cet arrêt. Disons seulement, dès maintenant, que l'on ne trouve aucunement mention d'un « monopole de fait » que ce soit dans la lettre ou dans l'esprit de l'arrêt.

§ 2. — Discussion.

L'interprétation habituellement donnée de cette jurisprudence consiste à dire que, dans les deux premières affaires, les entrepreneurs de transport ont été condamnés parce qu'ils exerçaient un monopole de fait, alors que dans la troisième l'échec du sollicitant s'explique par la considération que la Compagnie de Navigation Mixte n'exerçait pas ce monopole.

Cette analyse appelle deux séries de remarques, concernant d'une part l'activité des sollicités en cause, et d'autre part la notion de monopole de fait.

A. — On observera, d'abord, que les décisions citées ont toujours été rendues en matière de transport : or il s'agit là d'une branche de l'activité économique qui, depuis fort longtemps, fait l'objet de réglementation.

Certes, Monsieur le Doyen Rodière écrit que jusqu'en 1934 « seules les entreprises concessionnaires ou fermières étaient soumises à des obligations de service public » (9) alors que les transports assurés par des entreprises privées ne subissaient aucune sujétion de service public (10). C'est ainsi que, de leur invention jusqu'en 1934, les Chemins de Fer se seraient opposés aux autres modes de transports, les premiers étant soumis au régime des services publics, les autres étant des entreprises relevant du droit privé.

Cette analyse est exacte, dans son ensemble. Il apparaît pourtant que, pour certaines décisions, les entreprises de transport terrestre aient eu ce que l'on serait tenté d'appeler une coloration de service public.

Le juge de paix de Morteau, dans l'affaire Bouvet contre Delamarche (11) dit tout net que la voiture de celui-ci effectue « un service public », et la Cour de cassation retient que cet entrepreneur « est le correspondant agréé de la Compagnie de Chemin de Fer » (12). Dans l'espèce Bruguet contre Beau, le tribunal de commerce de Périgueux (13) retient que « en obtenant l'autorisation d'établir un service régulier d'une voiture publique de La Tourblanche à Excideuil, Beau a obtenu l'exercice d'une industrie qui doit être reconnue comme privilégiée ». Or, cette « industrie privilégiée » n'est-elle pas ce service public qu'inconsciemment la Cour de cassation recherchait dans son

(9) Rodière, « Droit des transports », T. I, p. 13.
(10) *Eod. loc.*
(11) 8 mars 1865, S. 1868.I.193, précité.
(12) 3 décembre 1867, *eod. loc.*, précité.
(13) 26 août 1879, D. 1881.3.84, précité.

arrêt « Chemin de Fer de l'Est contre Bourdeau » (14) ? Le tribunal nous affirme, en effet, que cette qualité impose au transporteur des « obligations qui font fléchir dans certaines limites le principe de la liberté commerciale ». Et il faut croire que la Cour de Bordeaux a partagé cet avis puisqu'elle a adopté les motifs des premiers juges (15).

Cette coloration de service public pourrait donc conduire, par un raisonnement voisin de celui fait à propos des professions d'avocat et de médecin — qui participent, au moins dans certains cas, au service public (16) —, à des solutions voisines de celles retenues lors de l'étude de ces professions, et donc de celles admises par nous pour les monopoles de droit : si l'absence de cahier des charges ne permet pas de retenir la solution extrapolée de la pensée de Jèze ou de celle de Duguit — pas de contrat, donc pas de refus de contracter —, du moins, la notion d'égalité devant le service public, que nous avons retenue en dernier lieu comme déterminant l'obligation qu'a le service public (17) de prester ses services à l'usager, pourrait-elle trouver ici application.

C'est sans doute par cette idée que, de nos jours, il faudrait expliquer l'obligation faite au transporteur routier de charger marchandises ou passagers. Il existe en effet, aujourd'hui — sans discussion possible — un « service public des transports en général ... entreprise d'intérêt général *organisée par les pouvoirs publics* et destinés à *satisfaire les besoins collectifs* de déplacement des personnes et des marchandises » (18). Il ne s'agit pas toujours de régie, ou de concession. Il y a des « formes plus sommaires » (19), plus particulièrement celles qu'affecte le service public des transports en commun sur route (20). On a parlé de service public virtuel (21). Monsieur le Doyen Rodière souligne les mérites de l'expression, mais, avec lui, nous préférons la formule de Jèze qui parle d'entreprises privées soumises à des obligations de service public. Elle s'adapte mieux à notre problème, et l'on voit que parmi ces obligations de service public existe celle de respecter la règle d'égalité entre les usagers.

Par contre, si l'on considère la date des décisions ci-dessus analysées, il semble qu'il soit exagéré de voir des services publics dans les entreprises de transport, celles qui faisaient l'objet d'une conces-

(14) Cass., 21 avril 1857, S. 1858.I.76, précité. N'oublions pas, en effet, que la Cour parlait du « Privilège » exercé par les compagnies de chemins de fer. Cf. *supra*, p. 28 et s.

(15) Bordeaux, 8 mars 1881, D. 1882.2.208, précité.

(16) Cf. *supra*, p. 36 et s.

(17) Qu'il s'agisse d'une régie ou d'une concession peu importe.

(18) Rodière, *op. cit.*, T. I, p. 14.

(19) Rodière, *op. cit.*, T. I, p. 15.

(20) Rodière, *eod. loc.*

(21) P. Laroque, « Les usagers des services publics industriels », Thèse, Paris 1933, p. 7, cité par Rodière, *eod. loc.*

sion ou qui étaient exploitées en régie étant mises à part. D'abord, parce que telle n'était pas la conception généralement admise à l'époque. Ensuite, parce que telle n'était pas non plus l'intention de l'autorité publique. L'entrepreneur Beau avait obtenu l'autorisation d'assurer le transport public des voyageurs et des marchandises de La Tourblanche à Excideuil (22). Il s'agissait là d'une mesure de police (23), prévue par la loi du 30 mai 1851, mais n'ayant pas le caractère sacramentel de la concession, qui impose des obligations au concessionnaire mais lui octroie aussi des prérogatives de puissance publique qui ne sont pas négligeables. L'entrepreneur Bouvet dont la voiture reliait Pontarlier à Morteau (24) était le correspondant agréé de la Compagnie de Chemin de Fer. Mais est-ce que cela suffit pour lui imposer les obligations de service public qu'assume ladite Compagnie qui est, elle, concessionnaire d'une service public ? C'est peu probable. Certes, « les amis de nos amis sont nos amis » (25) ; mais doit-on en conclure que les correspondants agréés de nos concessionnaires deviennent nos concessionnaires et qu'ils assument ainsi des obligations de service public ?...

L'optique serait peut-être différente si la loi de 1851 faisait au transporteur l'obligation de charger les voyageurs à peine de contravention. Non qu'une telle sanction soit la sanction pénale d'un refus de contracter. Il a déjà été démontré lors de l'étude des rapports du droit pénal et du problème du refus de contracter qu'une telle analyse est erronée. Ce sont d'autres buts que la formation d'un contrat que recherche la loi pénale lorsqu'elle sanctionne le refus par un professionnel — car remarquons-le bien, de même que dans les hypothèses déjà envisagées, ce seraient des professionnels qui feraient l'objet des sanctions. Mais on pourrait se demander si une telle sanction n'aurait pas eu pour but le respect du tarif, de même qu'elle assurait le respect de la taxe. Or, faire respecter le tarif, c'est faire respecter le principe d'égalité devant le service public : égalité devant les charges au premier chef, et, par contrecoup égalité dans l'utilisation du service. Mais la loi de 1851 ne contenait pas une semblable obligation, et l'on peut donc se demander si les juges consulaires de Périgueux n'étaient pas en avance sur leur temps, en estimant que, bien que la réglementation alors en vigueur n'obligeât point le messagiste à recevoir dans sa voiture « un voyageur se présentant dans

(22) Cf. Affaire Bruguet contre Beau, Trib. comm. Périgueux, 26 août 1879, D.P. 1881.3.84. Bordeaux, 8 mars 1881, D. 1882.2.208, précité.

(23) Le doyen Rodière, *op. cit.*, T. I, p. 25 y voit une « mesure de sécurité ». Il est d'ailleurs difficile d'assimiler autorisation de police et création d'un service public.

(24) Cf. Affaire Bouvet contre Delamarche, juge de paix de Morteau, 8 mars 1865, Trib. civ. Pontarlier, 23 mai 1865, Cass. 3 décembre 1867, précité.

(25) Cf. Léon Bloy, « Exegèse des lieux communs » (CL).

des conditions convenables, il n'en est pas moins indiqué par le bon sens et la raison que c'est là une des obligations spéciales qui lui incombent ». A moins que l'on ne considère qu'il y avait là un service public embryonnaire. (La preuve en étant que de l'embryon est né un véritable service public.) Quoi qu'il en soit, il semble plus sage d'admettre que les entreprises dont il s'agit ressortissent, purement et simplement, au droit privé.

Ces remarques étaient nécessaires, car il est évident que cette coloration de service public, qui a paru aux magistrats et aux commentateurs teinter le régime des entreprises en cause, a déterminé dans les esprits l'idée que le « monopole de fait » porte en lui obligation de contracter. On ne pouvait parler ici de « monopole de droit »; il n'y avait pas ce sacre qu'est l'habilitation de la puissance publique. Mais les éléments que nous venons d'analyser étaient liés apparemment à l'absence de concurrence. De là à faire de cette solitude un devoir de contracter, il n'y avait qu'un pas. On le franchit d'autant plus aisément que l'on crut trouver une symétrie avec le « monopole de droit ».

B. — L'assimilation du régime juridique des entreprises ici en cause, à celui des entreprises qualifiées par certains de « monopoles de droit » ne s'imposait pourtant pas, non plus, d'ailleurs, que les conclusions que l'on a cru pouvoir en tirer.

Il faut, en effet, se souvenir que, pour les « monopoles de droit », ce n'est pas la position monopolistique qui entraîne l'obligation de prester le service, mais la règle de l'égalité devant le service public (26). Cette constatation enlève beaucoup de solidité à la thèse qui veut que les entreprises détentrices d'un « monopole de fait » soient tenues de contracter comme les entreprises détentrices d'un « monopole de droit ». Nous l'avons dit, les auteurs procèdent par assimilation. Or cette assimilation est injustifiée. En effet, il faut d'abord remarquer, comme l'a fait Paul Durand (27), que cette entreprise qui détient un « monopole de fait » ne bénéficie juridiquement d'aucun privilège et qu'une concurrence peut toujours se manifester. En revanche il faut souligner que « les monopoles de droit » sont tenus en vertu de la règle d'égalité, alors que les entreprises que l'on prétend détentrices d'un monopole de fait n'assument pas des charges de service public. Il faudrait donc admettre que la position monopolistique des entreprises de droit privé entraîne pour celles-ci, et par elle seule, une obligation de contracter.

(26) Cf. *supra*, p. 34.

(27) « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », R.T.D.C. 1944, p. 33 et s.

Or deux remarques sont à faire, l'une d'ordre général, la seconde concernant plus directement les décisions citées.

Tout d'abord, il semble qu'il y ait une contradiction entre, d'une part, l'opinion des auteurs qui voient dans la notion de « monopole de fait », une notion ayant des conséquences de droit positif, et, d'autre part, la réalité telle qu'elle s'exprime par cette phrase du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a, ou acquiert les caractéristiques d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. » Ce principe est, bien entendu, essentiellement l'exaltation sinon d'une certaine idéologie (28), du moins de certaines tendances. Mais le juriste de droit privé ne doit-il pas voir, dans son insertion, la preuve que, jusque-là, la notion de monopole de fait n'avait aucune conséquence juridique ? Et cette opinion ne doit-elle pas être renforcée par la distinction faite par les constituants, entre « le service public » et « le monopole de fait » ? Nous pensons donc que le Préambule de la Constitution de 1946 a une double signification : d'une part jusqu'à ce texte, le monopole de fait ne peut être considéré comme une notion juridique, d'autre part, et même après ce texte, rien n'autorise à assimiler le « monopole de fait » au « monopole de droit » puisque les constituants ont soigneusement maintenu la distinction.

La seconde remarque concerne les décisions citées : elles n'ont rien de convaincant.

Certes, il semble que dans l'affaire Bouvet contre Delamarche (29), le juge de paix qui eut le premier à connaître du litige ait été impressionné par l'argument tiré du monopole de fait. Mais pas au point de n'avoir retenu que lui : le jugement a accordé, en effet, une certaine valeur — subsidiaire, cela est vrai — aussi bien à la notion de contrat formé par l'acceptation d'une pollicitation constituée par une publicité, qu'à l'idée que l'entrepreneur était mû par une idée de récrimination et à la notion de service public. Or, la Cour de cassation, on s'en souvient, a mis sur le même plan tous ces arguments.

Dans l'affaire Bruguet contre Beau (30), la notion de monopole de fait est extrapolée des considérants du jugement du tribunal de commerce de Périgueux. Et ce serait abusivement, semble-t-il, que l'on déduirait de la notion d'entreprise privilégiée, retenue par le tribunal, l'existence d'un monopole de fait ayant des conséquences de droit. Cette notion doit être comprise dans le sens « d'entreprise assurant les fonctions de service public », exactement comme dans

(28) Sur cet aspect voir la critique de RIPERT, « Déclin du Droit », p. 199.
(29) S. 1868.I.193, précité.
(30) D. 1881.3., p. 84, précité.

l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 avril 1857 (31) : il s'agissait plus d'une anticipation que d'une assimilation. Le raisonnement n'est pas : « Il s'agit d'un monopole de fait, donc d'une entreprise tenue à contracter » ; il est : « Il s'agit d'une entreprise tenue à certaines obligations du fait de sa position juridique — et non de sa position économique; parmi celles-ci se trouve celle de ne pas rejeter les candidats à ses services. » Mais le fait que les juges consulaires se soient livrés à une anticipation juridique n'autorise pas à rectifier leur pensée en essayant de la faire cadrer avec une construction *a priori* (32).

Restent alors l'affaire « Caillol et Saint-Pierre contre Compagnie Mixte » et l'arrêt de la cour d'appel d'Aix (33). Il y a dans cet arrêt un attendu assez troublant qui appelle deux réflexions. La Cour ayant reconnu que dans l'espèce « il n'existe, au profit de la Compagnie intimée, aucun monopole officiel », retient « que cette compagnie n'exerce même pas le *monopole de fait* (34) dont se préoccupe l'arrêt de la Cour d'Aix du 8 février 1853 (D.P. 1855-2-329) et qu'elle compte à Marseille des concurrents nombreux effectuant comme elle le transport des marchandises en Algérie ». Or, d'une part il est absolument inexact que l'arrêt du 8 février 1853 se préoccupe d'un monopole de fait, ou même y fasse la moindre allusion. Et, d'autre part, la Cour semble avoir du monopole une idée très restrictive : les demandeurs voulaient expédier leur marchandise à Mostaganem; la Cour retint que des « concurrents nombreux effectuaient comme elle (la Compagnie Mixte) le transport des marchandises avec l'Algérie ». Nous sommes loin de la définition de M. Ricot (35) pour qui détenir un monopole, c'est « être seul à ... fournir un service dans un certain territoire donné ». Ici, il aurait fallu rechercher, non pas si d'autres compagnies assuraient le transport vers l'Algérie, mais si, sur la ligne Marseille-Mostaganem, la Compagnie de Navigation Mixte avait des concurrents. Car l'existence de concurrents dans les relations « avec l'Algérie » ne prouve rien... Imaginons un instant que les relations maritimes avec ce territoire au départ de Marseille soient assurées seulement par trois transporteurs desservant l'un Bone, l'autre Alger, et le troisième Mostaganem; il est bien évident qu'aucun d'entre eux n'aura le monopole des relations avec l'Algérie, mais si l'on con-

(31) S. 1858.I.76, précité.

(32) L'arrêt de la Cour de Bordeaux, D.P. 1882.2.208 n'apporte rien à propos de la notion de monopole, les magistrats bordelais semblant s'être plutôt attachés à l'intention de nuire...

(33) 14 janvier 1881, D. 1883.I.105 précité. On se souvient que la Cour de cassation, 3 janvier 1882, *eod. loc.* est muette sur ce moyen.

(34) C'est nous qui soulignons.

(35) Cf. *supra* (introduction, p. 10).

sidère isolément chacun des trois ports (36) que nous venons de citer, est-ce que chaque transporteur n'est pas alors monopoleur ? Mais il ne faut pas chercher querelle aux Magistrats Aixois sur ce point. S'ils ont parlé de « monopole », c'est sans doute pour répondre à des conclusions (37). Et c'est d'une façon beaucoup plus juridique — qui a d'ailleurs été approuvée par la Cour suprême (38) — qu'ils ont en définitive fondé leur arrêt. Nous y reviendrons, lorsque nous aurons étudié les rapports de l'abus du droit et du refus de contracter (39).

Section II

L'ABUS DU DROIT ET LE REFUS DE CONTRACTER

Les auteurs qui ont une conception extensive de l'abus du droit justifient par cette théorie les décisions que nous venons d'examiner, et qui, pour d'autres, s'expliquent par la seule position monopolistique du sollicité.

Mais les uns et les autres utilisent une autre série de décisions. Pour les premiers, elles s'ajoutent aux décisions examinées plus haut, et précisent le domaine de l'abus du droit de ne pas contracter; pour les autres, elles sont les seules à avoir admis un refus abusif de contracter.

(36) Bône étant distant de 650 kilomètres environ de Mostaganem, et Alger se situant approximativement à mi-chemin entre les deux.

(37) Celles du sollicitant ?

(38) 3 janvier 1882, D. 1883.I.105 précité.

(39) C'est volontairement que nous excluerons de ce débat un arrêt de la Cour de Chambéry du 22 juillet 1912, D.P. 1913.2.177, N. Josserand, « Mermoz contre Société des Casinos d'Aix-les-Bains ». Un auteur, M. Justafre, dans sa thèse sur « L'abus du droit de ne pas contracter », Montpellier 1950, utilise cette décision à l'appui de sa démonstration. Il est certain que nous y trouvons le motif suivant : « Attendu qu'il n'est pas contestable que, par l'exploitation des deux casinos qu'elle tient en location, la Société demanderesse ne jouisse à Aix-les-Bains d'un véritable monopole de fait, et que en l'état, c'est dans ces établissements seulement que les étrangers peuvent se procurer les divers spectacles, jeux et plaisirs qu'ils recherchent, que notamment des jeux y sont organisés et tolérés dans les conditions envisagées par la loi de 1907, que l'on pourrait se demander si, à raison de ces circonstances et des statuts même du grand cercle, le droit des tenanciers d'interdire l'accès de leurs diverses salles est entier et peut s'exercer sans aucun contrôle. » Mais l'arrêt ajoute immédiatement après : « mais ce n'est pas là le procès ; qu'il s'agit seulement d'apprécier si ladite société a pu à bon droit interdire aux voitures de Mermoz l'accès de son établissement pour y amener ou y reprendre les clients qui le fréquentaient. » Ainsi le fait que cet arrêt n'apporte pas de solution, et qu'il se contente de poser un problème étranger à la question qui lui est posée, ne nous semble guère convaincant ; quant à la question qu'il pose nous pensons avoir démontré qu'elle est mal posée.

Nous critiquerons chacune de ces façons de voir, après avoir analysé ces nouvelles décisions.

§ 1. — Analyse de la jurisprudence.

Cette jurisprudence qui définirait l'abus du droit de ne pas contracter comporte deux groupes de décisions : celles d'une part qui ne retiennent pas la responsabilité du sollicité, et qui témoigneraient ainsi d'un refus licite de contracter, et d'autre part, celles qui retiennent la responsabilité du sollicité, et qui sanctionneraient donc des refus abusifs de contracter.

A. — Décisions ne retenant pas la responsabilité du sollicité.

a) L'affaire Fourneau contre Casino de Trouville (40).

Les intérêts en jeu semblent avoir été relativement mineurs. Pourtant cette espèce est toujours citée comme fondant le droit — arbitraire — qu'ont les exploitants de certains lieux publics de refuser de contracter avec qui ne leur plaît pas.

L'espèce opposait un ancien directeur du Casino de Trouville à la Société propriétaire de cet établissement. Il avait commencé par solliciter une carte d'abonnement. Celle-ci lui avait été refusée. Il avait ensuite acheté chez un commerçant de la ville une carte de représentation extraordinaire. Mais l'entrée du Casino lui avait été interdite. Il assigna alors l'administration du Casino en payement de dommages-intérêts.

Le sollicitant éconduit soutenait que la société engageait sa responsabilité en refusant d'exécuter un contrat qui s'était valablement formé par l'acquisition du billet d'entrée. Le sollicité, au contraire, maintenait qu'il n'y avait eu aucun contrat formé, et qu'il n'avait aucune raison à donner, n'ayant fait qu'exercer cette liberté de sélection et de choix qui appartient aux directeurs d'établissements mondains ainsi que le droit que chacun possède d'interdire à son gré l'accès de son domicile.

Le tribunal abonda dans ce sens et développa longuement les raisons qui conduisent à reconnaître aux directeurs de Casinos la liberté — absolue et illimitée — de « trier » ceux qui sollicitent l'entrée de leur établissement. Un casino participe bien de la condition des entrepreneurs de théâtre, mais pourtant on ne saurait les assimiler

(40) Trib. civ. Pont-L'Evêque, 25 juillet 1878, D.P. 1880.3.22.

totalement (41), car les rapports qui se nouent entre ceux qui se rencontrent dans un casino sont plus étroits que ceux qui se nouent dans un théâtre. Cette intimité suppose donc la sécurité, et cette sécurité le tenancier du casino en est contractuellement garant. Il faut donc lui reconnaître « non seulement le droit, au point de vue de ses intérêts sainement entendus, mais encore le devoir étroit de l'assurer dans la mesure du possible », et par là, « une liberté plus grande dans la faculté de contracter », liberté qui « ne peut exister qu'avec une latitude d'appréciation illimitée »; certes, cette liberté offre « le danger de l'arbitraire » : mais, d'une part, il « sera atténué et en grande partie conjuré par l'intérêt même de la société » et, d'autre part, il « ne saurait porter atteinte au droit d'épuration que la Société possède ». Il est donc impossible de limiter ce droit : car, outre que « ce serait faire (à la société) une situation inextricable », il prend sa source « dans les obligations qu'elle prend vis-à-vis de ses cocontractants ». D'ailleurs « le contrat ne se forme que par l'abonnement consommé ou par l'entrée une fois payée », et l'on ne peut soutenir que le règlement affiché constitue une offre qui, acceptée, formerait le contrat.

Cette décision trouve, dit-on, sa confirmation dans la décision du tribunal correctionnel de Saint-Gaudens concernant le casino de Luchon.

b) *L'affaire « Casino de Luchon »* (42).

Une femme, munie d'une carte d'entrée, ayant pénétré dans le casino de Luchon, fut invitée à en sortir. Comme elle s'y refusait, le régisseur requit les sergents de ville et s'écria : « Enlevez-moi cette femme. » Celle-ci estimant qu'il y avait là un outrage renfermant « l'imputation d'un vice déterminé, tel que le vol ou la mauvaise vie », intenta des poursuites devant le tribunal correctionnel de Saint-Gaudens.

Cette juridiction ne reçut pas son action, motif pris que ces paroles n'avaient rien d'injurieux, et avaient été prononcées lors de l'exercice par le régisseur d'un droit ne souffrant aucun contrôle : d'une part, en effet, « la liberté de l'industrie autorise le propriétaire d'un établissement ouvert au public à n'y donner accès qu'aux personnes qu'il lui conviendrait de recevoir », et d'autre part, « l'administration du casino peut et même doit exercer ce droit dans l'intérêt de son établissement et de ses abonnés ». Cette motivation rappelle incontestablement celle de la décision précédente.

(41) On notera, *a contrario*, que l'argumentation de la décision « Casino de Trouville » conduit à refuser au directeur de théâtre le libre choix de son public.

(42) Trib. cor. Saint-Gaudens, 24 août 1881, D. Supp. V° Industrie et Commerce, n° 135, S. 1881.2.220.

c) L'affaire « Zdzienski contre Pôle Nord » (43).

François Boleslas de Zdzienski, professeur à l'établissement dit « *Le Pôle Nord* », avait été congédié pour « manquement aux usages et règlements imposés aux professeurs de patinage ». On est toutefois en droit de penser que l'ivresse de la vitesse manquait à ce fils de la Pologne, puisqu'il voulait forcer l'entrée du « *Pôle Nord* » que le directeur de cette patinoire lui refusait. De façon à accumuler toutes les charges contre son ancien employeur, il fit constater par huissier la façon peu aimable dont on le recevait. L'officier ministériel retira un billet d'entrée au bureau de location et remis ce billet à Zdzienski. Mais l'employé chargé du contrôle déclara « avoir l'ordre formel de ne pas laisser entrer ce dernier dans l'établissement, sans vouloir donner le motif de ce refus ». L'ex-professeur de patinage assigna donc son ancien employeur en vue d'obtenir une indemnité, et exposa que la mesure « arbitraire dont il avait été l'objet l'avait privé de l'exercice d'un droit certain et que cette exclusion » avait « pu nuire à sa considération ».

Le juge de paix parisien qui eut à connaître de l'affaire posa le problème en termes nets : « Les entrepreneurs de spectacles et ceux qui offrent au public l'entrée d'un établissement industriel sans distinction d'âge ni de sexe, et moyennant un prix déterminé, acceptent d'avance toutes les personnes qui remplissent les conditions qu'ils ont eux-mêmes fixées ». Or, pour lui, la publicité faite, tant par voie d'affiches que par voie de presse, invitant le public à se rendre au « *Pôle Nord* » pour y prendre part à l'exercice du patinage, moyennant un prix fixé, revêt « le caractère d'une véritable pollicitation, et que, par suite, le contrat devient parfait au moment où le visiteur achète au bureau le ticket donnant accès dans l'établissement ». Mais Zdzienski, ancien employé, de surcroît congédié pour « manquement aux usages et règlements » n'était plus « dans les conditions d'une personne indépendante qui se présente dans un établissement ouvert au public ». Ayant lui-même provoqué la mesure répressive dont il se plaignait, il n'était pas en droit de réclamer une indemnité.

d) L'affaire « Veuve Mesnard contre Veuve Massicot » (44).

La Dame Mesnard qui exploitait un bal public, en refusa un beau jour — ou un beau soir ? — l'entrée à la Veuve Massicot : celle-ci assigna donc en dommages-intérêts... Nous n'avons pas retrouvé la décision du juge de paix qui eut à connaître le premier de l'affaire. Nous le regrettons, car nous pensons que sa motivation ne doit pas être très différente de celle du juge de paix parisien qui statua dans

(43) Trib. Paix, Paris IX[e] Arr. 13 janvier 1893, S. 1893.2.193.
(44) Trib. civ. Cognac, 2 mai 1895, G.P. 1895.2.522.

l'affaire Zdzienski. Nous savons seulement que le tribunal civil de Cognac qui jugea en appel lui a reproché d'avoir condamné la tenancière du bal à des dommages-intérêts, « pour avoir refusé sans droit l'entrée de son bal », alors qu'il ne lui appartenait pas de rechercher les motifs de cette exclusion.

Car pour le tribunal de Cognac « la conséquence la plus naturelle de la liberté du commerce et de l'industrie, proclamée par la loi des 2 et 17 mars 1791, consiste évidemment dans le droit pour tout industriel ou commerçant d'exercer ou de ne pas exercer sa profession et dans la faculté de choisir arbitrairement les personnes auxquelles ils délivreront le produit de leur commerce ». Les tenanciers de bal ou de café ne font pas exception à la règle commune : la surveillance, la réglementation dont ils font l'objet de la part de l'autorité administrative n'a d'autre but que le maintien de l'ordre; ces exigences mises à part « ils peuvent comme tous les commerçants qui ne jouissent pas d'un monopole concédé légalement par l'autorité publique (45), refuser sans contrôle de servir ou de recevoir dans leur établissement les personnes qui se présentent ».

B. — Décisions retenant la responsabilité du sollicité.

a) L'affaire « Ridel contre Delbort et la Compagnie des Voitures de Paris » (46).

La décision que nous analysons maintenant peut, elle aussi, sembler de peu d'importance. Les termes pourtant sont éloquents.

Un fiacre stationnait à un emplacement adéquat. Un quidam y monta et indiqua au cocher sa destination. Celui-ci refusa la course. Le client refusa de descendre. L'automédon procéda alors à son expulsion, et pour ce faire, dut recourir à quelques violences regrettables mais, somme toute, légères puisque ce fut un juge de paix qui eut à connaître de l'affaire.

La Compagnie propriétaire de la voiture soutenait en ses conclusions que le loueur conserve toujours la disposition de son matériel et peut en refuser l'usage sauf à encourir les contraventions et les pénalités qui peuvent résulter pour lui de son refus, puisque les règlements de police prescrivent aux cochers en station de marcher à toute réquisition; elle concluait que « celui qui monte de force dans une voiture dépasse son droit (47) et viole celui du loueur qui dès lors a le droit de contraindre l'envahisseur à en sortir ».

(45) « Monopole de droit » et non « Monopole de fait ». Cette décision est dans la ligne de la décision Denis Bottone...

(46) Juge de paix du XIV[e] Arr. de Paris, 5 janvier 1882, D.P. 1882.3.110.

(47) La Compagnie ne lui reconnaissant que celui de requérir les agents pour que soit dressée contravention.

Le juge rejeta cette façon de voir et admit que, d'une part, la réglementation d'une profession ne peut avoir pour effet d'exonérer le professionnel d'une responsabilité de droit commun et que, d'autre part, le stationnement constitue une offre à tout venant (48). Il jugea donc que celui qui s'introduit dans une voiture en stationnement exerce un droit et que son attitude n'est en rien une voie de fait.

b) *Les affaires « Simon contre Habrekorn »* (49) ; *« Marinelli contre Borney et Société Desprez »* (50) ; *et « Guercin contre Bessière »* (51).

Dans les trois espèces que voici, des directeurs de salles de spectacles avaient refusé à des spectateurs l'entrée de leurs établissements, alors que les sollicitants avaient payé leurs billets.

Dans la première espèce, le défendeur soutenait — contre les rapports des agents de police de service — qu'il avait procédé à l'expulsion du demandeur comme il avait déjà été dans l'obligation de le faire. Le tribunal le condamna car, « si le directeur de spectacles publics est en droit de requérir l'expulsion du spectateur qui trouble la représentation, par contre il doit le libre accès de la salle à toute personne qui se présente décemment et qui paye sa place »... Or, ici, le sollicitant n'avait pas une attitude incorrecte lorsqu'il se présenta muni de son billet.

Dans la deuxième espèce, le défendeur ne voulait pas prévenir un scandale. Il voulait simplement conserver ses acteurs : le sollicitant était un agent dramatique qui venait assister à la représentation dans le but d'examiner le jeu des comédiens et d'engager pour des tournées dramatiques les artistes qui lui auraient plu. Le tribunal de la Seine condamna pour deux raisons qui ont chacune leur valeur. Il retint d'abord, comme précédemment, que le directeur d'un établissement théâtral qui offre au public des places dans le théâtre qu'il exploite, ne peut en refuser l'entrée à un spectateur qui offre le prix demandé, si celui-ci se présente dans des conditions convenables et ne vient pas dans le but de faire du scandale et de troubler la représentation. Ayant posé cela, les juges précisèrent qu'à plus forte raison on ne peut interdire l'accès du théâtre à un spectateur qui a payé sa place et a été admis au contrôle.

(48) Entre ces deux arguments le juge faisait cette constatation que nous nous défendons d'apprécier : « Attendu que le système soutenu au nom de la Compagnie ne tend rien moins qu'à mettre le public à la discrétion des cochers et à justifier leurs caprices et leurs violences ; que les rôles sont intervertis de la façon la plus manifeste. »

(49) Trib. civ. de la Seine, 31 juillet 1897, S. 1898.II.85.

(50) Trib. civ. de la Seine, 10 mars 1906, D.P. 1906.5.62.

(51) Trib. com. de Marseille, 5 mai 1908, S. 1910.3.126.

Dans la troisième espèce les juges consulaires marseillais reprirent les mêmes motifs : « Attendu que le directeur d'un établissement théâtral, qui offre au public des places dans le local qu'il exploite ne peut en refuser l'entrée à un spectateur qui propose de payer, ou encore moins qui a payé, le prix demandé si ce spectateur se présente dans des conditions convenables, et ne vient pas dans le but de faire du scandale et de troubler la représentation ». Or, on ne pouvait rien reprocher de semblable au sollicitant : sa tenue était correcte, il n'avait jamais fait de scandale, rien ne laissait supposer qu'il vint pour cela; mais sa « moralité privée » ne plaisait pas au sollicité : celui-ci, n'ayant à aucun titre le droit de s'en faire le juge, était mal fondé à interdire au sollicitant l'entrée de son établissement, ce qui donnait à son refus « un caractère arbitraire et injurieux » suffisant « à motiver en principe l'allocation de dommages-intérêts ».

c) *L'affaire « Sautel contre Le Petit Marseillais »* (52).

Le directeur de la succursale avignonnaise d'un magasin à succursales multiples fit une campagne publicitaire pour annoncer une vente qui devait avoir lieu le 23 juin 1930. Le 14 juin, il remit à l'Agence Havas le texte dont il demandait l'insertion dans deux journaux, dont *Le Petit Marseillais.* Le 15 juin, l'autre journal effectuait la publication demandée, mais rien ne paraissait dans *Le Petit Marseillais*; ce n'est que le 19 « sur intervention pressante de Sautel, que l'Agence Havas faisait connaître à ce commerçant le refus d'insertion du *Petit Marseillais* sans en donner les raisons ». Le sollicitant assigna alors en payement d'une indemnité, et l'Agence Havas, et *Le Petit Marseillais.*

Le tribunal de commerce d'Avignon saisi de l'affaire mit d'abord hors de cause l'Agence Havas qui avait correctement rempli son rôle de transmission, puis s'attacha aux rapports du sollicitant et du journal. Le demandeur soutenait principalement qu'entre celui-ci et lui-même s'était formé un contrat : il y aurait eu un accord aussi bien sur une prestation à fournir par le journal que sur le prix, la volonté du journal résultant de l'offre constituée par la publication du tarif de publicité en tête de chaque numéro. Subsidiairement, il prétendait que, même s'il n'y avait pas eu contrat, le refus du journal constituait un acte abusif. Le journal concluait au rejet pur et simple de la demande, soutenant ne pas avoir fait de pollicitation et que le droit de ne pas contracter est absolu.

(52) Trib. com. Avignon, 20 mars 1931, D.H. 1931.312, Nîmes, 13 mai 1932, D.H. 1932.210.

Les juges consulaires n'admirent pas que la publication du tarif d'annonces constituât autre chose qu'une invite à provoquer des offres que le journal est en droit d'accepter ou de refuser. Entre les parties au procès, il ne pouvait donc y avoir contrat. Mais il fut retenu que « les caractéristiques de l'abus du droit susceptible d'engager la responsabilité de celui qui le commet à raison du dommage qu'il pourra causer » se trouvaient réunies en l'espèce : le journal n'avait en effet aucun mobile légitime de refuser et il n'agissait que mû par un sentiment de représailles, ayant l'année précédente perdu un procès qui l'opposait à ce même demandeur. Quant aux réserves que l'Agence Havas avait pu faire relativement au droit des journaux de refuser les annonces, elles n'étaient pas opposables au demandeur, celui-ci ne les ayant acceptées ni expressément, ni tacitement.

Le journal fit appel.

Il ne devait pas être plus heureux. Mais cela permit à la Cour de Nîmes de nous fournir une motivation différente de celle adoptée par le jugement d'Avignon.

A la question posée de l'existence d'un contrat entre l'annonceur et le journal, la Cour fait une réponse extrêmement nuancée, et distingue l'accord sur le prix de l'annonce, de celui sur l'insertion elle-même. La publication du tarif de publicité est certes une pollicitation, et son acceptation constitue un accord définitif. Mais celui-ci ne concerne que le prix. Pour ce qui est de l'insertion, il faut un accord effectif et définitif du journal, et l'on ne peut présumer qu'il a renoncé à un droit de vérification et de contrôle de publications qui peuvent engager sa responsabilité. Cette analyse faite, la Cour de Nîmes synthétise sa doctrine : la publication du tarif est bien une pollicitation, mais celle-ci ne peut être que conditionnelle, et ce d'autant plus que le sollicitant ne pouvait ignorer la réserve faite par l'Agence Havas.

Ceci étant posé, la Cour de Nîmes va tout de même retenir la responsabilité du journal : il devait immédiatement avertir de son refus le sollicitant qui, ne recevant aucune réponse « était fondé à croire que le contrat était formé, que son annonce était acceptée et qu'elle allait paraître dans un prochain numéro », et n'a donc pas eu « le temps suffisant pour organiser par ailleurs une publicité indispensable à ses opérations commerciales ».

§ 2. — Discussion.

Avant que d'analyser cette jurisprudence, une observation est à faire sur la théorie de l'abus du droit. Autant d'auteurs en effet, autant de théories, autant de définitions...

Il y a d'abord la théorie de Planiol, pour qui les notions d'abus et de droit étaient contradictoires, puisque celui-là commence où cesse celui-ci (53). Si, maintenant, on s'évade « de l'étau qu'il a forgé » (54) et que l'on admet qu'il y a « droit » et « droit », qu'une chose est la « juricité », une autre une « prérogative déterminée » (55), qu'un acte peut être à la fois conforme à un droit défini, tel que le droit de propriété, et contraire au droit, c'est-à-dire susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, deux théories sont présentées. L'une restrictive, individualiste, l'autre extensive, et bien plus sociale. La première est celle de Georges Ripert : le droit est un pouvoir qui « courbe le débiteur devant le créancier » (56) et il n'a pour limite que la loi morale ; abuser d'un droit, c'est en faire un usage malicieux, et l'intention malicieuse est le critère. La seconde est celle de Louis Josserand : les droits sont donnés dans un but certain, comme des fonctions, non comme des prérogatives égoïstes; en abuser, c'est en user dans un but non conforme à leur destination, et l'absence d'intérêt légitime ou la méconnaissance de la destination du droit est le critère. Ces deux théories ont un point commun : elles font de l'abus des droits « une notion autonome par rapport à la théorie de la responsabilité, entraînant contre l'acte abusif une réaction qui ne se traduit pas seulement par une indemnisation, mais qui peut consister dans une sanction en nature » (57).

Ces théories extrêmes étant définies, il faut noter que la majorité des auteurs dénient cette autonomie (58) à la théorie de l'abus du droit; pour eux, elle est incluse dans celle de la responsabilité, « repose en définitive sur l'article 1382, et implique qu'une faute a été commise, dont il est dû réparation (en nature si c'est possible, en toute hypothèse sous forme de dommages-intérêts) » (59). Cette conception d'ailleurs semble être celle de la jurisprudence qui se réfère aux articles 1382 et suivants du Code civil et pour qui la constatation de l'absence de motif sérieux et légitime caractérisant l'usage abusif « n'est qu'un moyen de démontrer par présomption l'intention de nuire ou tout au moins de faire apparaître le caractère anormal de l'acte et une faute non intentionnelle » (60). Précisons donc que c'est à cette dernière façon de voir que nous nous rallions et donc que

(53) Traité élémentaire II, n° 871. Etudes sur la responsabilité civile, Rev. crit. 1905, p. 157 et 1908, p. 80.

(54) Beudant, T. IX, par Rodière, n° 1432, p. 66.

(55) Cf. Josserand, « De l'esprit des droits », p. 333.

(56) Ripert, « Abus et relativité des droits », Rev. crit., 1929, p. 62.

(57) Marty et Raynaud, T. II, p. 415, n° 417 *bis*.

(58) Cependant v. *contra* Esmein, T. VI de Planiol et Ripert, p. 801, n° 576.

(59) Carbonnier, T. II, n° 178, p. 615.

(60) Marty et Raynaud, T. II, n° 417 *bis*, p. 415.

c'est dans cette optique que nous rechercherons si les décisions que nous venons d'analyser ont, ou non, sanctionné la faute dans l'usage du droit de ne pas contracter.

Ces remarques faites, nous allons démontrer que la notion d'abus du droit ne peut sanctionner le refus de contracter, car le raisonnement fait procède d'une mauvaise interprétation des textes d'une part et des décisions de l'autre.

La démarche intellectuelle généralement suivie consiste à poser qu'il existe un droit de ne pas contracter corollaire du droit de contracter, tous les deux constituant la liberté contractuelle.

Ce droit se serait d'abord concrétisé en jurisprudence par les décisions pénales que nous avons examinées plus haut en matière de refus de vente à la taxe. Aussi bien, d'ailleurs, celles qui condamnaient que celles qui relaxaient : celles-ci en effet exaltent le droit de ne pas contracter, celles-là reconnaissent une limite objective qui est la taxation.

Puis, la jurisprudence aurait, dans un deuxième temps, dégagé une limite subjective, celle de l'abus du droit de ne pas contracter, en décelant la possibilité d'abord chez le monopoleur puis chez quiconque éconduit un sollicitant.

Notre recherche consistera donc à savoir d'abord si les décisions citées comme consacrant l'exercice licite du droit de ne pas contracter ont vraiment la portée qu'on leur donne habituellement. Ayant ainsi étudié les rapports de la liberté du commerce et de la liberté contractuelle, nous rechercherons si la jurisprudence citée comme sanctionnant des cas de refus abusif de contracter a vraiment cette signification.

A. — De la liberté du commerce et de la liberté contractuelle.

Une chose est assez remarquable, en effet : un certain nombre des décisions que nous venons d'analyser se réclament du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il s'agit là, pourtant, d'une notion qui est étrangère à notre problème, par cela même qu'elle est étrangère à la liberté contractuelle, quoi qu'on dise.

Il faut en effet se souvenir que le législateur de 1791, qui brisa les corporations était sans doute mû par deux idées : l'une économique, assurer la libre concurrence, et l'autre politique, faire le vide entre l'Etat et l'individu en supprimant les corps intermédiaires. La première nous donna la loi des 2 et 17 mars 1791, la seconde, celle des 14 et 17 juin, l'une instituant la liberté du commerce et de l'industrie, l'autre abolissant les corporations (61). C'est donc une erreur

(61) Sans oublier la loi Le Chapelier qui est de la même veine.

que de penser que la loi des 2 et 17 mars 1791 règle les rapports des commerçants avec leurs clients, et que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est le support économique de celui de la liberté contractuelle. Une chose est la liberté du commerce, une autre celle des conventions (62).

Ainsi, nous sommes conduit à penser que toutes les décisions qui se fondent sur la liberté du commerce et de l'industrie pour rejeter les prétentions d'un sollicitant ne peuvent être retenues comme justifiant un refus de contracter licite.

Comment expliquer, pourtant, que des plaideurs aient invoqué le principe de la liberté du commerce, et qu'une bonne partie des décisions que nous étudions s'y réfèrent ? L'explication est très certainement historique : le problème de la licéité du refus de contracter semble avoir été posé au moment où la Cour de cassation rendit ses premières décisions condamnant les boulangers et les bouchers qui se refusaient à vendre à la taxe. Ceux qui étaient poursuivis plaidèrent que leur commerce était libre, n'ayant pour seule limite que la taxe : ils étaient donc libres de ne pas vendre, et n'enfreignaient pas, ce faisant, la réglementation en vigueur. C'est la même argumentation que firent valoir les aubergistes poursuivis pénalement qui refusaient de se plier aux réquisitions municipales : la loi des 2 et 17 mars 1791 avait aboli l'ordonnance de 1563, en même temps que toute autre réglementation du commerce. Selon les cas, les juridictions pénales relaxèrent ou condamnèrent, mais toutes admirent que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie pouvait parfois être mis en échec par des dispositions réglementaires, ce qui d'ailleurs avait été formellement prévu par la loi des 17 et 29 juillet 1791 (63). Nous avons déjà souligné que les décisions les plus anciennes n'ont pas d'autre signification et qu'elles se bornent à chercher si, dans l'espèce qu'elles devaient trancher, il y avait — ou non — un délit pénal à refuser d'effectuer au profit du sollicitant une prestation entrant dans le cadre normal des activités commerciales du sollicité; telle fut l'attitude des décisions refusant de considérer l'ordonnance du 21 janvier 1563 comme étant encore en vigueur (64), et des décisions condamnant les boulangers et bouchers pour refus de vendre à la taxe. Un glissement fut amorcé par les décisions qui relaxèrent dans cette dernière hypothèse, et plus spécialement par l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 janvier 1889 (65). Celui-ci, nous l'avons

(62) Cf. Labbé N. S. 1893.II.193.

(63) Cette loi, rappelons le, permettait aux maires de prendre des arrêtés de taxation et de réglementation de l'approvisionnement des boutiques, dans le commerce de la boulangerie et de la boucherie.

(64) Cf. crim. 4 août 1846, D. 1846.4.354 ; 2 juillet 1857, S. 1857.I.718 ; 2 octobre 1857, S. 1858.I.80 ; 18 juillet 1862, S. 1864.I.99. Toutes ces décisions précitées.

(65) D.P. 1889.1.222, précité.

déjà vu, relaxa une boulangère qui avait refusé de vendre du pain « non pour se soustraire à l'application de la taxe, mais pour des motifs de convenance personnelle », et qui avait interdit l'accès de son magasin à une personne déterminée, interdiction qui ne pouvait « être considérée comme un refus de vente de pain au prix de la taxe dans le sens de la loi » et constituant « au contraire le légitime usage d'un droit consacré au profit des boulangers comme de tous autres marchands par l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791, sur la liberté du commerce et de l'industrie ».

Cet arrêt mérite attention. Parce qu'il admet que le motif qui a mû le prévenu peut le faire échapper aux peines contraventionnelles, ce qui est tout de même assez remarquable au regard du droit pénal, nous l'avons déjà dit (66). Mais aussi parce qu'il est, semble-t-il, le premier à faire dire à la loi des 2 et 17 mars 1791 autre chose que ce qu'elle dit... Cette loi fiscale (67) se borne en effet à disposer que toute personne peut, à compter du 1er avril 1791, faire tel négoce ou telle profession qu'elle trouvera bon, à condition de s'être auparavant munie d'une patente et de « se conformer aux règlements de police qui sont ou pourraient être pris ». Ce qui veut dire simplement que sont abolies les réglementations qu'avait connu l'Ancien Régime. Il peut sembler logique de déduire de ce texte que chaque commerçant est alors libre de contracter avec qui il veut et aux conditions qu'il veut. Mais encore faut-il s'entendre sur la notion de contrat et sur le moment de sa formation. Or le raisonnement de la Chambre criminelle conduit à admettre que le contrat se forme au moment où le commerçant a accepté l'offre qui lui est faite par son client, et à faire de celui-ci, sollicitant, le pollicitant.

On voit donc comment le problème s'est posé : les premiers prévenus, aussi bien ceux qui se refusaient à vendre au prix de la taxe que ceux qui refusaient de se soumettre aux prescriptions de l'ordonnance de 1563, invoquaient la loi de 1791, car ils soutenaient, pour les uns, que les arrêtés de taxation ne suffisaient pas à constituer le « règlement de police » qu'elle visait et, pour les autres, que l'ordonnance avait été abrogée par la loi de 1791. La Cour de cassation estima avec raison que les premiers étaient dans l'erreur et les seconds dans le vrai. Mais, répétons-le, il ne s'agissait que de savoir si on était ou non en présence d'une contravention, de régler les rapports des commerçants avec la puissance publique et non de régler ceux qui peuvent exister entre ces professionnels et leurs clients.

Ce fut donc à une extension fâcheuse que procéda l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 janvier 1889, alors que la même Chambre

(66) Cf. *supra*, 1re Partie, Titre II, Chapitre Ier, Section II.
(67) Cf. Colliard, « Libertés publiques », p. 484 et s.

avait bien mieux apprécié la situation lorsque, dans son arrêt du 26 avril 1861 (68), statuant sur le cas d'un boucher refusant de satisfaire ce que nous appellerions maintenant une « demande anormale » (69), elle décidait que « ces faits n'intéressent en rien l'ordre public ». Car ce sont les rapports du commerçant avec l'ordre public que le principe de la liberté du commerce a pour but de régler, non ceux du commerçant avec ses clients. Les arrêts qui relaxèrent les aubergistes refusant de se soumettre aux dispositions de l'ordonnance de 1563 font une exacte utilisation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie : abrogeant le texte de 1563, le principe de la loi des 2 et 17 mars 1791 met en jeu le principe « *nullum crimen... nulla poena* ». Principe que nous retrouvons dans la décision du tribunal de police d'Ennezat (70) du 1er octobre 1897. Mais là, le juge de police utilisa à contretemps le principe de la liberté du commerce. Au lieu d'y voir simplement la possibilité pour le commerçant d'exerçer son commerce sans autorisation ni contrainte autre que celle pouvant résulter des règlements de police ou de l'obligation de se munir d'une patente, et d'en déduire qu'en l'absence de règlement il n'y a pas de place pour l'intervention du juge pénal, il crut devoir rappeler « au surplus » qu'il est « de jurisprudence actuelle » que tout commerçant tire de la liberté du commerce le droit d'interdire l'accès de son magasin à qui il veut, reprenant à son compte l'argumentation erronée de la Cour de cassation.

Cette interprétation erronée, nous la retrouvons dans toutes les décisions que nous avons citées concernant aussi bien les monopoles de fait que l'abus du droit, avec en général l'approbation de la doctrine (71). Le tribunal civil de Nice devait même, le 7 avril 1892 (72), utiliser cette interprétation du principe de la liberté du commerce dans l'hypothèse d'une rupture de contrat... Un hôtelier ayant congédié une de ses clientes, il lui fut reconnue la liberté « de recevoir ou de refuser toute personne qui se présente pour descendre chez lui », aussi bien que celle « de congédier quand il lui plaît et sans qu'il ait à motiver sa décision, toute personne descendue dans son hôtel, à moins d'accord intervenu sur la durée du séjour ». En l'espèce il n'y avait point eu accord, et la demanderesse fut déboutée, car elle avait été congédiée pour des motifs personnels à l'hôtelier, qui n'avait « fait qu'user d'un droit consacré au profit de tout marchand, par la loi de 1791, sur la liberté du commerce et de l'industrie ». Il s'agit

(68) D.P. 1861.I.503, précité.
(69) Cf. *supra*.
(70) Cf. S. 1897.2.223, précité.
(71) Seul Labbé semble faire exception, qui dans une note au S. 1893.II.193 condamne cette interprétation du principe de la liberté du commerce.
(72) D.P. 1894.2.132.

là de la même interprétation que celle du tribunal de paix de Paris (73) — les deux espèces sont d'ailleurs rapportées au même recueil sous la même rubrique — qui retient que « les principes proclamés par cette loi ont été consacrés à plusieurs reprises par les décisions de la Cour suprême et notamment dans un arrêt récent de la Cour de cassation du 11 janvier 1889 (D.P. 1889.I.222) ».

Il faut donc rejeter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie de nos débats. Cette considération entraîne de graves conséquences pour la solution du problème du refus de contracter. En effet, les auteurs estiment en général qu'il existe une jurisprudence permettant de saisir un refus de contracter licite. Or, cette jurisprudence s'appuie sur les conséquences contractuelles du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ce qui, nous venons de le démontrer, est une vision inexacte des choses. Cette inexactitude ne permet donc pas de donner une quelconque importance à ces décisions. On est donc en droit de se demander quelle est la valeur d'une théorie qui, voulant démontrer qu'il existe un refus de contracter abusif, utilise, pour faire apparaître un refus de contracter correct, des décisions juridiquement inexactes ? Pourquoi, en effet, existerait-il un refus de contracter abusif, si les hypothèses de refus de contracter licite ne peuvent être admises comme telles ?

L'étude critique des solutions sanctionnant des « cas de refus de contracter » n'est pas plus convaincante.

B. — Du sens de la jurisprudence qui sanctionnerait un refus abusif de contracter.

Les décisions qui sanctionneraient le refus de contracter par le jeu de la théorie de l'abus du droit se trouvent, en définitive, groupées en deux catégories. Il y a, d'abord, les décisions qui ne réalisent pas l'accord des auteurs, et qui concernent des espèces où le sollicité détiendrait un monopole de fait, et puis il y a celles où les auteurs, admettant un refus de contracter fautif, sont d'accord pour voir une application de la théorie de l'abus du droit.

Ni les unes ni les autres ne sont déterminantes d'une responsabilité pour refus de contracter.

Le premier reproche que l'on peut faire aux décisions rendues en matière de « monopole de fait » tient à la complexité de leurs motivations. Nous l'avons vu, en vérité, il ne semble jamais qu'un seul argument ait vraiment déterminé la sentence. Pourtant, ce sont elles qui devraient peser du poids le plus lourd, car à en croire les auteurs (74), elles ont été les premières à appliquer l'idée de l'abus

(73) 28 février 1889, D.P. 1894.2.132.

(74) Cf. Roubier, Thèse précitée, p. 125. Ricot, Thèse précitée, p. 108 et s. Justafre, Thèse précitée *passim*. Josserand, « De l'esprit des droits », p. 128.

du droit dans les rapports du sollicitant avec le sollicité. L'idée est simple : le sollicité occupe une position de force et invite le public à traiter avec lui, certes, tout commerçant est libre en principe de traiter avec qui il veut en raison de la liberté du commerce et de l'industrie, mais la position de monopole oblige le sollicité à se justifier, s'il refuse de traiter avec le sollicitant.

Cette solution est, apparemment, moins choquante que celle qui voit dans le monopole une position obligeant par elle-même le monopoleur à contracter. Elle paraît plus respectueuse de la liberté de chacun et, par là, plus conforme aux principes de notre droit.

Mais la jurisprudence s'y est-elle ralliée sans réserve ?

Nous avons déjà remarqué que l'examen des décisions déjà citées fait ressortir qu'il existe d'autres motifs à la condamnation du sollicitant que l'abus qu'il aurait fait de son droit. Telles sont la position de monopole et l'existence d'offres faites au public.

Certes, le juge de paix de Morteau (75) emploie des expressions telles que « arbitraire incompatible avec la liberté du commerce », « entraves à la liberté individuelle », « le refus paraît avoir été dicté par une pure récrimination » ; mais, nous l'avons vu, la Cour de cassation retient aussi bien comme chef de condamnation, la position de monopole, que les offres faites au public, que l'idée de récrimination.

Certes, le tribunal de commerce de Périgueux (76) dit que le refus doit être justifié par un « motif légitime », et dans la même affaire la cour d'appel de Bordeaux retient que le sollicité n'avait aucun « motif sérieux » de ne pas accorder au sollicitant la place qu'il voulait retenir.

Mais faut-il vraiment que la théorie de l'abus du droit soit en jeu, pour que le motif légitime puisse être invoqué ? Il est certain que bien des décisions ont utilisé la notion d'absence de motif légitime pour présumer l'existence d'une faute et condamner pour abus du droit. Mais doit-on par là en conclure que chaque fois qu'il est question d'absence de motif légitime on se trouve en présence d' « un abus du droit » ? C'est peut-être aller d'autant plus vite en besogne que, en la matière, aucune des décisions citées par les auteurs, comme fondant la licéité du droit de ne pas contracter, n'est convaincante. De surcroît il n'est absolument pas certain que l'expression « motif légitime » ait un sens technique précis. Toutes les causes exonératoires de la responsabilité — délictuelle ou contractuelle — ne sont-elles pas des motifs légitimes ?

(75) 8 mars 1865, S. 1868.I.193, précité.
(76) 26 août 1879, D. 1881.3.84.

L'incertitude plane donc sur la sanction mise en jeu par ces décisions. Et cela, d'autant plus que rien ne prouve que les décisions citées se situent au plan de la formation du contrat plutôt qu'à celui de son exécution.

Il est certain en effet que les décisions rendues en matière de spectacles se situent au plan de l'exécution du contrat, ce qui est tout de même fâcheux pour une théorie qui tend à résoudre un problème de responsabilité précontractuelle.

Il apparaît en effet que le sollicitant éconduit se trouvait dans toutes les espèces porteur d'un billet. Tel est le cas dans l'espèce « Simon contre Habrekorn (77) » où « il est établi que Simon se présente porteur d'un billet de location du fauteuil n° 128 »; de même dans l'affaire tranchée par le tribunal civil de la Seine, le 20 mars 1906 (78), l'agent dramatique avait payé sa place et été admis au contrôle...; telle est aussi la situation du demandeur dans l'espèce « Guercin contre Bessière » (79) où celui-ci a fait refuser par son contrôle l'entrée de son établissement à Guercin qui se présentait « avec son billet pris et payé au guichet »; telle est enfin l'hypothèse dans l'espèce « Senteyn contre Boulvan » (80) où le sollicitant s'était vu refuser l'entrée d'un concert au casino de Bruges alors qu'il était porteur de cartes qu'il avait régulièrement payées (81).

Peut-on dire, alors, que dans chacune de ces espèces le sollicitant était victime d'un refus abusif de contracter ? Il faut, pour répondre à cette question, définir tout d'abord le contrat de spectacle.

« C'est certainement à tort qu'on a quelquefois dit que le directeur d'un théâtre vend un billet donnant droit au spectacle (82)... Mais on peut hésiter entre la notion de louage de chose et celle d'entreprise. Il faut décider suivant les espèces ». Le contrat se présentera comme un contrat de louage lorsqu'il donnera, moyennant un certain prix, un droit de jouissance momentané. Tel sera le cas de la visite d'un monument ou d'un musée. Par contre « si le contrat oblige le tenancier d'un établissement à amuser ou instruire le public sans

(77) Trib. civ. Seine, 31 juillet 1897, S. 1898.2.85, précité.
(78) D.P. 1906.5.62, précité.
(79) Trib. com. Seine, 5 mai 1908, S. 1910.2.126.
(80) Trib. com. Bruges, 25 décembre 1891, S. 1893.4.23.
(81) La situation était semblable dans les espèces : « Fourneau contre Casino de Trouville », Trib. Pont l'Evêque, 25 juillet 1878, D.P. 1880.3.22 d'une part et « Zdzienski contre Pôle Nord », Trib. Paix, Paris IX^{e} Arr., 13 janvier 1893, S. 1893.2.193 d'autre part. Mais les attaches que les sollicitants avaient eu avec les sollicités donnent une coloration spéciale à ces espèces.
(82) Cf. Rouast, « Le contrat d'entreprise » dans Planiol et Ripert, T. XI, n° 970, p. 218, *contra* Astruc, « Le droit privé du théâtre », Thèse, Paris 1898, citée par Rouast. On comparera l'analyse ici présentée du contrat de spectacle à celle faite pour le contrat de transport par M. le Doyen Rodière dans une note au J.C.P. 1964.13650 sous Civ. 12 février 1964.

qu'il y ait aucune place réservée à chaque personne, il y a contrat d'entreprise pur et simple ». Enfin, « le contrat est mixte lorsque l'entrepreneur de spectacle promet un travail tout en assurant le spectateur d'avoir une place déterminée pour y assister » : c'est essentiellement un contrat d'entreprise qui comporte accessoirement la location d'une place.

Cela étant posé, il importe de déterminer le moment de la formation du contrat. C'est, tous les auteurs sont d'accord sur ce point (83), un contrat consensuel. Il « se forme par des offres et par l'acceptation de ces offres : l'adhésion une fois donnée, le concours de volonté existe et le contrat est parfait ». Les offres doivent être sérieuses et précises, et l'acceptation doit y correspondre. Si l'offre contient des réserves, le spectateur doit s'y conformer, sinon il ne remplit pas ses obligations, et le tenancier peut lui opposer l'exception *non adimpleti contractus*. Or, peut-on soutenir que les consentements s'échangent lorsque l'entrepreneur livre au spectateur l'accès de la salle de spectacles ? Nous ne le croyons pas, car en matière de spectacle il est d'usage que le prix de la place soit payé d'avance, et le billet n'est remis qu'une fois le prix payé. Qu'on voit donc en lui une simple quittance du prix ou avec sans doute plus de raison, le titre probatoire du contrat (84), peu importe; ce qui est certain, c'est que, lorsque le spectateur est en possession de son billet, le contrat est formé.

Quelles sont alors les obligations des parties ? Pour l'entrepreneur il faut, d'une part, mettre le spectateur en état de voir le spectacle, d'autre part le lui fournir, enfin le garantir des risques qu'il peut comporter. On notera, d'ailleurs, que l'obligation de « mettre le spectateur en état de voir le spectacle » est composite, et se décompose en plusieurs éléments. Il faut, d'abord, le laisser entrer dans la salle ou dans l'enceinte prévue à cet effet, et s'il y a eu désignation précise d'une place dans le contrat, la délivrer au spectateur (85). Il faut, ensuite, d'une part, que la place — qu'elle ait été louée à l'avance ou non — soit disposée de façon telle que le spectateur puisse voir le spectacle (86), et, d'autre part, qu'il en ait la jouissance paisible, ce qui impose à l'entrepreneur d'assurer la police du spectacle. Quant au spectateur, il doit payer sa place, respecter par sa tenue les conditions imposées par l'entrepreneur du spectacle, et ne pas troubler la représentation. Ce n'est donc que s'il ne remplit pas ces obligations qu'il peut voir le contrat résolu. Ainsi a-t-on pu décider que

(83) Peyronnet, « Du contrat de spectacle », Thèse Montpellier, 1905, p. 33.
(84) Rouast, *op. cit.*, p. 220 et la note 1.
(85) Qui a sur elle un droit analogue à celui d'un locataire.
(86) L'entrepreneur n'est garant que des vices cachés de la place et non de ses défauts apparents, Rouast, *op. cit.*, p. 222, Falco, « Droits et devoirs du spectateur au théâtre », Thèse, Paris 1907, Trib. Seine, 13 juin 1900, D.P. 1901.2.391.

c'était à bon droit que l'on avait pu interdire l'accès de l'Opéra à un spectateur qui voulait assister, en pantalon de golf, à un spectacle de ballet (87). De même a-t-on jugé que c'est avec raison qu'un directeur de salle de spectacle procède à l'expulsion de spectateurs qui troublent la séance par des interventions déplacées (88). Les uns comme les autres manquent à leurs obligations, ce qui entraîne, vu l'urgence, la résolution du contrat sans l'intervention de la justice (89).

Mais, dans les espèces que l'on nous cite, il n'y a pas, de la part du spectateur, cette violation d'une obligation résultant du contrat. Seul l'entrepreneur de spectacle manque à une de ses obligations en interdisant au spectateur l'entrée de la salle et contrevient ainsi au contrat existant. On peut se demander pourquoi, alors, les tribunaux semblent déduire leur condamnation de l'absence de motif légitime, alors qu'il leur suffirait de constater la défaillance de l'entrepreneur de spectacle qui manque à une de ses obligations. C'est que les défendeurs ont toujours invoqué, pour leur défense, l'exercice de leur pouvoir de police et la faute contractuelle du spectateur : les tribunaux saisis du litige avaient donc à dire si, oui ou non, le sollicitant avait, par son attitude, provoqué la résolution du contrat. Or, il ressort des circonstances de fait des décisions ici en cause que, dans chaque espèce, l'attitude du spectateur ne constituait pas un manquement à ses obligations et ne justifiait pas la résolution du contrat. Les juges déduisirent donc que le refus du directeur ne constituait pas l'exercice d'une de ses prérogatives : il n'avait pas de motif légitime d'exclure le sollicitant du spectacle. D'où certains (90) conclurent que ces décisions sanctionnaient des refus abusifs de contracter, alors qu'il ne s'agissait en réalité, dans chaque hypothèse, que de l'inexécution par l'entrepreneur de spectacle du contrat le liant au spectateur.

Que le refus soit « vexatoire » (91), « arbitraire et injurieux » (92) n'ajoute rien à la violation de l'obligation contractuelle. Il en va différemment pour ce qui est du préjudice causé. Mais on ne peut déduire de cette constatation l'existence d'un refus de contracter abusif.

(87) Trib. civ. Seine, 20 février 1952, D. 1959.353, précité.

(88) Crim. 16 décembre 1887, S. 1888.I.288, Trib. simple police Paris, 24 octobre 1906, D. 1906.5.72.

(89) Cf. Rouast, *eod. loc.* Il faut noter d'ailleurs que l'entrepreneur de spectacles est contractuellement garant vis-à-vis des autres spectateurs de la tranquillité du spectacle. L'expulsion est donc pour lui non seulement un droit, mais encore une obligation.

(90) L'interprétation que nous critiquons trouve sa source dans le sens technique abusivement donné à l'expression « motif légitime », cf. *supra* au texte p. 146.

(91) Trib. com. Bruges, 25 décembre 1891, S. 1893.4.23.

(92) Trib. com. Marseille, 5 mai 1908, S. 1910.2.126.

CHAPITRE II

Véritable nature du refus de contracter.

Le chapitre précédent a souligné l'inexactitude des théories qui croient en la possibilité d'un refus fautif de contracter lorsque le contrat devrait se former sans débat préalable et lorsque le législateur n'a point souhaité la création de liens juridiques. Nous avons montré que la notion de monopole de fait — si tant est qu'il faille lui donner une valeur juridique — est insuffisante pour créer une obligation de contracter. Nous avons souligné que la théorie de l'abus du droit ne peut s'appliquer ici. Pourtant des individus qui refusaient de prester leurs services ou de vendre leur marchandise à qui les en sollicitait ont vu leur responsabilité engagée alors que d'autres, dans des circonstances apparemment analogues, sont sortis indemnes d'une action juridique.

La raison de cette discrimination est en réalité extrêmement simple. Les sollicités qui ont vu leur responsabilité engagée avaient émis une offre de contrat, alors que les autres s'étaient, eux, trouvés en butte à l'offre de contrat.

Deux idées nous guiderons donc ici : d'une part, la responsabilité du sollicité a toujours pour origine la pollicitation (Section I), d'autre part, cette pollicitation est la mesure de son engagement (Section II).

Section I

LA RESPONSABILITE DU SOLLICITE A TOUJOURS POUR ORIGINE SA POLLICITATION

Le contrat se forme, est-il besoin de le rappeler, par le consentement des parties, c'est-à-dire par la concordance de deux volontés — Littré dirait « la conformité de deux opinions » — sur un même résultat. Ce résultat, le plus souvent, est proposé par l'une des parties qui prend l'initiative du contrat en émettant l'offre. Le contrat se formera donc par l'acceptation de cette offre. Encore faut-il que l'acceptant conforme totalement son acceptation à l'offre, et que l'offrant n'ait point *a priori* écarté cette acceptation en assortissant cette offre de réserves.

Ces notions sont très connues. Nous allons les exposer ici, en essayant de démontrer qu'elles expliquent, en grande partie, le problème du refus de contracter lorsque le contrat se forme sans débat préalable.

§ 1. — Le contrat se forme par l'acceptation de l'offre.

Une chose tout d'abord est certaine : les décisions qui retiennent la responsabilité du sollicité font appel à la notion de pollicitation.

Le juge de paix de Morteau (1) — et la Cour de cassation ne le démentira pas (2) — nous dit que la publicité faite par le transporteur « constitue en quelque sorte un contrat qu'il n'est pas possible à Bouvet (3) de détruire ». Plus explicite encore est le tribunal de commerce de Périgueux (4) : parlant de la publicité faite par le voiturier, il nous dit : « Qu'une offre ainsi faite de ses services a établi entre lui et le public un contrat formel auquel il ne lui est pas loisible de se soustraire » et ce motif sera adopté par la cour d'appel. Telle est aussi la motivation de l'espèce « Ridel contre Delbort » où le juge de paix a constaté « que le fait de se trouver sur une place à ce destinée, constitue de la part du cocher une offre à tout venant et met sa voiture à la disposition de quiconque veut y monter, que le voyageur n'a aucune explication préalable à donner, ni consentement à solliciter, qu'il exerce un droit et que l'acte légi-

(1) 8 mars 1865, précité.
(2) 3 décembre 1867, précité.
(3) Le transporteur.
(4) 26 août 1879, précité.

time qu'il accomplit en s'introduisant dans une voiture à l'état de stationnement ne saurait à aucun titre être considéré comme une voie de fait » (5).

Mais il est tout aussi remarquable de noter que c'est à la même notion que se réfèrent les décisions qui déboutent le sollicitant.

Telle est (de façon maladroite, car la Cour s'inspire de la liberté du commerce pour y voir une possibilité de dérogation à l'offre formée) l'argumentation de la Cour d'Aix (6) dans l'espèce « Caillol et Saint-Pierre contre Compagnie de Navigation Mixte ». Le transporteur, nous dit-elle, n'est plus libre « quand lui-même, par la publication des tarifs applicables au fret, a formé entre le public et son entreprise un lien duquel il résulte pour toute personne le droit acquis de faire transporter des marchandises par la Compagnie, moyennant le prix du tarif... » La Cour de cassation adoptera cette opinion et retiendra « que la Compagnie de Navigation Mixte demeurait absolument libre de refuser le chargement des marchandises présentées » puisque cette Compagnie « dans les affiches et publications relatives au départ de ses bateaux à vapeur n'indique jamais le taux de fret auquel elle se charge de transporter les marchandises » et « que ce tarif reste soumis à la discussion des parties ».

Une décision de la cour d'appel d'Aix (7) montre que cette façon de voir les choses est ancienne, contemporaine au moins des décisions pénales dont a voulu faire le point de départ de la théorie du refus de contracter (8).

(5) Trib. Paix Paris, IX[e] Arr., 13 janvier 1893, précité.

(6) 14 janvier 1881, précité.

(7) 8 février 1853, D.P. 1855.2.329, S. 1853.2.251. C'est dans cette décision que l'arrêt de 1891 prétend voir une allusion à la notion de monopole de fait.

(8) Peut être même plus ancienne. Voici ce que dit l'annotateur du Dalloz : « Cette solution nous semble exacte. Une entreprise de transport, en s'annonçant au public et en l'invitant à se servir de son intermédiaire à des conditions qu'elle lui fait connaître, contracte un engagement sérieux et qui devient parfait dès le moment où ses offres sont acceptées. Car on ne saurait admettre, alors que la bonne foi doit être la base de toutes les opérations commerciales, qu'elle puisse se jouer impunément de la confiance publique. Elle ne peut donc, quand on lui demande l'exécution de cet engagement, y apporter des réserves ou des modifications arbitraires. C'est ce qu'enseignait Casaregis (Disc. 190, n[os] 6 et 10), dont la doctrine a été suivie par les auteurs français (voir dans ce sens, MM. Merlin, Rep. V° Voiture ; Favard de Langlade, *eod* ; Pardessus, *Dr. Comm.*, n° 537 ; Troplong, *Louage*, n° 895 ; Massé, *Tr. du Dr. Comm.*, T. IV, n° 29 ; Dalloz, *Jur. Gén.*, 2[e] éd., V° Louage, n° 79). Ce principe a du reste sa source dans la loi romaine (L. unic. § 6, ff, *Furti adversus nautas*, etc.) qui défendait à l'aubergiste, auquel elle assimilait le patron ou maître de navire, de choisir ses voyageurs et de repousser ceux qui se présentaient ». Par contre, l'annotateur du Sirey ne semble pas avoir pleinement saisi le sens de l'arrêt, bien que pourtant il se réfère aux mêmes autorités que l'annotateur du Dalloz, « Cette décision s'appuie sur plusieurs textes des lois romaines concernant les aubergistes et les patrons ou maîtres de navire, notamment sur la loi unique, § 6, D. *Furti adversus nautas, caupones et stabularios.* Stracha l'étend à tous les marchands publics, *de Mercatura,*

Deux commerçants marseillais voulaient expédier des colis en Espagne. Ils s'adressèrent à l'agent local d'une compagnie espagnole dont un navire était en partance. On leur opposa une fin de non-recevoir au motif qu'il n'y avait plus de place à bord; mais les sollicitants s'aperçurent que, postérieurement à leur échec, il avait été reçu à bord d'autres marchandises. Estimant incorrecte l'attitude du transporteur, ils l'assignèrent en dommages-intérêts, et offrirent de prouver les faits que nous venons d'exposer. A cela le transporteur rétorqua qu'une entreprise de transports maritimes, purement volontaire et commerciale, n'est pas obligée de recevoir et transporter des marchandises par cela seul qu'un commerçant le lui proposerait. L'enquête ayant été admise, il fit appel. La Cour d'Aix rendit alors un arrêt extrêmement clair, extrêmement précis, que l'on est étonné de ne pas trouver plus souvent cité tant il nous semble important pour l'étude de la formation du contrat.

La Cour rejeta d'abord l'allégation du transporteur selon laquelle il s'agissait ici de l'exécution d'un affrètement (9) ; puis, elle retint « qu'il s'agit, au contraire, de l'inexécution (10) alléguée par Hernandez et Estarico d'un engagement qui s'est formé entre le commerce en général et les compagnies réunies des bateaux à vapeur espagnols tenant la ligne de Marseille à Barcelone, et les divers points de la côte d'Espagne jusqu'à Cadix, par l'annonce répétée dans les affiches et l'insertion dans les journaux, du départ régulier, par mois, aux jours fixés, moyennant un fret également tarifé suivant la nature de la marchandise ». Il n'est donc en rien question d'un refus de contracter, mais bien d'un refus d'exécuter le contrat qui s'est formé lorsque le sollicitant a accepté les conditions émises par le pollicitant (11).

part I, n 21 ; il l'applique surtout aux aubergistes et patrons de navires dans son traité *de Nautis*, part. 5, Perkius, Vinnius, Voët, Hevia dans son *Commercium Navale*, ch. 4, n° 6 ; Casaregis disc. 92, n° 23 et disc. 190, n° 6 professent les mêmes principes. Un édit du 20 janvier 1353 (*sic*) défendait aux aubergistes de refuser des voyageurs sans motifs légitimes, et quant aux hôteliers MM. Merlin, Favard de Langlade, Répert. V° Hôtelier et Troplong, Du Dépôt, n° 251 soutiennent que cette obligation existe encore. M. Troplong l'étend aux entrepreneurs de transport dans son commentaire sur le titre Du Louage, n° 395, il est en cela d'accord avec MM. Pardessus, n° 537, Merlin et Favard, Répert. V° Voiture ; Massé, « Traité du Droit commercial », T. IV, n° 29 et Cresp, Professeur à la Faculté de Droit d'Aix, dans un mémoire produit au procès jugé par l'arrêt que nous rapportons ».

(9) Dont la preuve doit être établie par écrit... (art. 273 du Code du Commerce).

(10) Inexécution qui résulte ici d'une série de faits matériels que l'on prouvera par témoins.

(11) On notera que cet arrêt ne se réfère absolument pas à la notion de monopole de fait, contrairement à ce que prétendaient les magistrats de cette même Cour d'Aix qui rendirent l'arrêt du 14 janvier 1881 précité dans l'affaire Caillol et Saint-Pierre contre Compagnie de Navigation Mixte.

L'idée est la même dans les décisions rendues en matière de spectacle : chaque fois que l'on prétend qu'il y a condamnation pour refus de contracter, nous sommes en réalité en présence du refus d'exécuter un contrat déjà formé.

Il a déjà été souligné que l'entrepreneur de spectacle qui refuse l'accès de son établissement à un sollicitant détenant un billet, refuse, non de former un contrat, mais d'exécuter une des obligations nées du contrat de spectacle valablement formé. Il est au surplus intéressant de noter la position — très classique d'ailleurs — des décisions que nous avons analysées sur la formation du contrat de spectacle. Le contrat est formé, disent-elles, dès que le spectateur en puissance a accepté l'offre faite à tout venant par la direction de l'établissement. Il est impossible de refuser de recevoir quiconque fait connaître son intention de payer le prix de la place. La formule est exactement la même dans deux décisions (12) : « Le directeur d'un établissement de théâtre qui offre au public des places dans le *local* qu'il exploite *ne peut en refuser l'entrée à un spectateur qui se propose de payer* (13) ou encore moins, *qui a payé le prix demandé* » (14). La motivation du tribunal de paix de Paris dans l'affaire « Boleslas de Zdzienski » (15) est encore plus explicite. « Attendu, dit le jugement, que les entrepreneurs de spectacles et ceux qui *offrent au public* l'entrée d'un établissement industriel, sans distinction d'âge ni de sexe et moyennant un prix déterminé, *acceptent à l'avance toutes les personnes qui remplissent les conditions* qu'ils ont eux-mêmes fixées; que dans l'espèce, les annonces insérées dans les journaux quotidiens et les affiches apposées dans tous les quartiers de Paris, invitent le public à se rendre au « *Pôle Nord* » pour y prendre part à l'exercice du patinage, moyennant un prix fixé pour l'entrée simple, ou pour l'entrée par abonnement, que ce seul fait d'offrir au public ce genre de sport et l'accès de la salle moyennant une somme d'argent revêt *le caractère d'une véritable pollicitation;* que, par suite, *le contrat devient parfait* au moment où le visiteur achète au bureau le ticket donnant accès dans l'établissement ».

L'examen de la jurisprudence est donc, une fois de plus, révélateur. Chaque fois que l'on prétend se trouver face à la sanction d'un refus de contracter, nous nous trouvons, en réalité, en présence de contrats formés par l'acceptation d'une offre préexistante. Au contraire, lorsque cette offre est incomplète — en raison de l'absence

(12) Trib. com. de Marseille, 5 mai 1908, S. 1910.2.126, Trib. civ. Seine, 10 mars 1906, D.P. 1906.5.62.

(13) C'est nous qui soulignons.

(14) On se souvient que c'était l'hypothèse des deux espèces.

(15) 13 janvier 1893, précité.

d'un élément essentiel, tel le prix dans l'affaire « Caillol contre Compagnie de Navigation Mixte » — le contrat ne se forme pas, et il n'y a point de sanction.

Mais, objectera-t-on, s'il est bien certain que l'on ne puisse parler de refus de contracter dans ce cas, n'y a-t-il pas des hypothèses, toutefois, où l'offre étant complète, le contrat devant se former par simple acceptation, le sollicitant s'est vu repoussé ? Or, si dans une telle hypothèse le sollicité n'est pas sanctionné, n'est-ce pas la preuve qu'il existe un refus de contracter licite ? Et donc que la sanction, dans un cas voisin, de l'attitude négative du sollicité, se présentera comme la sanction d'un refus de contracter ? C'est ce que nous allons voir maintenant.

§ 2. — La licéité des réserves.

Nous avons donc montré que ce qui fonde la responsabilité du sollicité, c'est qu'il est, en vérité, un pollicitant. Cette idée n'est jamais que l'application à notre problème de la théorie de l'offre permanente.

Il est constant que le fait pour un commerçant de faire appel aux acheteurs au moyen de prix affichés sur des marchandises exposées en vente, constitue, de la part de ce commerçant, une offre de vendre qui ne peut être rétractée lorsqu'elle a été acceptée par la personne qui se présente pour acheter des marchandises ainsi exposées. On a tendance à prendre pour point de départ de cette théorie un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 5 janvier 1869 (16). Nous avons montré que la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans son arrêt du 8 février 1853 (17) appliquait déjà cette théorie.

Or, il est important de noter que la théorie du contrat formé par l'acceptation de l'offre permanente connaît tout de même des exceptions à cet automatisme : on ne parle pas alors de « refus de contracter », mais plus simplement et plus justement de « réserves à l'offre ». « Il peut y avoir dans de telles offres un élément d'équivoque; peut-être l'objet exposé est-il seulement un modèle, et le commerçant entend-il n'offrir qu'un objet identique, pour ne pas détruire son étalage : *il y a place dans de telles circonstances pour une interprétation de la portée exacte de l'offre* » (18).

Les tribunaux n'ont pas manqué d'ailleurs, de se livrer à cette interprétation. Deux décisions du tribunal de commerce de la Seine

(16) S. 1869.2.24, D. 1869.3.14.
(17) Précité.
(18) Marty et Raynaud, T. II, n° 100. C'est nous qui soulignons.

sont assez souvent citées : l'une, du 28 mai 1921 (19) qui admet qu'en exposant en vitrine un mannequin revêtu d'une robe avec l'indication du prix de celle-ci, un grand magasin n'a pas entendu offrir la robe même qui habillait le mannequin, et donc qu'un client ne peut exiger la livraison de la robe exposée; l'autre, du 5 janvier 1869 (20) qui admet que le marchand de nouveautés qui, en offrant en vente un tissu à un prix indiqué, a fait connaître son intention de ne le vendre ni en gros ni à des intermédiaires, s'il se trouve par cette offre obligé de satisfaire à toute demande d'acquisition de ce tissu au détail, est cependant en droit, en vertu des réserves portées à la connaissance du public, de refuser la vente en bloc de plusieurs coupes de ce tissu, alors surtout qu'elle est demandée par un commissionnaire.

Dans ces espèces, les réserves ont été validées pour des raisons simples, que l'on ne peut tout de même pas recommencer un étalage à toute heure du jour dans le premier cas, que l'offre contenait expressément l'indication que l'on ne vendait qu'au détail dans le second.

Le problème, pour toutes les décisions citées comme justifiant ou condamnant le refus de contracter, est le même. Quelle est la portée de l'offre faite ? Les réserves qu'elle contient sont-elles ou non licites ? La jurisprudence (21) nous dit : le critère de la licéité des réserves insérées dans l'offre tient dans l'étendue des obligations que le pollicitant a souscrit vis-à-vis de ses autres partenaires au contrat. Mais n'y a-t-il pas d'autres réserves possibles ?

En ce qui concerne les réserves tirées du contrat, il est certain que, de même que l'entrepreneur de spectacles est garant vis-à-vis du spectateur de la tranquillité du spectacle, de même le transporteur est garant vis-à-vis du voyageur de celle du voyage. De même que le premier exerce ce qu'on est convenu d'appeler la police du spectacle, de même le second a celle du voyage : ainsi imposera-t-il le respect de certaines consignes de confort et de sécurité qui sont autant d'obligations pour le voyageur, et qui évitent les effets du sans-gêne ou de la licence et concourent à la sécurité générale (22). Et, de même que la violation par le spectateur de son obligation de ne pas troubler le spectacle pourra entraîner son expulsion *manu militari* de la salle de spectacle — expulsion qui, rappelons-le, est la résolution du contrat — de même le transporteur ou son repré-

(19) C'est la décision la plus couramment citée, cf. entre autres MARTY et RAYNAUD, *eod. loc.*

(20) Précité.

(21) Cf. les décisions analysées ci-dessus et concernant le droit d'entrer dans une salle de spectacle.

(22) RODIÈRE, *op. cit.*, T. III, n° 1180, p. 40.

sentant disposent de pouvoirs assez considérables. Le capitaine du navire peut mettre aux arrêts un passager turbulent (23)..., le commandant de bord « a la faculté de débarquer toute personne ... qui peut présenter un danger pour la sécurité, la salubrité, ou le bon ordre à bord de l'aéronef » (24) ; il s'agit bien là de mesures ayant pour but de faire respecter la tranquillité des autres partenaires de l'entrepreneur, tranquillité qu'il doit garantir.

Or, on comprendrait mal pourquoi il serait possible de mettre ainsi fin à un contrat, et pourquoi il ne serait pas possible d'éviter qu'il se forme, lorsque, apparemment le sollicitant est en infraction avec les obligations qu'il devrait remplir si le contrat se formait. Prenons exemple du contrat de spectacle qui, nous l'avons vu, comporte trois séries de prestations de la part de chacune des parties. Il se forme par l'adhésion du spectateur à l'offre constituée par la publicité faite. Il y a, d'abord, délivrance du billet contre payement du prix (première série de prestations). Le spectateur se présente ensuite au contrôle : il doit être dans une tenue conforme à celle que prévoit le règlement du théâtre — elle est une condition du contrat — et le contrôleur lui donne accès à la salle (deuxième série de prestations). Enfin l'entrepreneur fournit le spectacle et le spectateur doit y assister dans le calme (troisième série de prestations). On admet, sans difficulté que soit refoulé ou expulsé d'un théâtre l'individu en état d'ivresse. On admet aussi que celui qui se présente dans une tenue non conforme à celle exigée soit refoulé (25) ; et si par hasard on l'a laissé pénétrer (ou qu'il ait par exemple changé de tenue à l'intérieur de la salle de spectacle), il pourra être expulsé (26). On comprend donc qu'un spectateur se voit refuser un billet — c'est-à-dire que l'on refuse de contracter avec lui — si la délivrance du billet précède de très peu l'entrée de la salle et que sa tenue ou sa conduite soit en contravention avec le règlement.

(23) Ripert, « Droit maritime », T. II, n° 1989 et les références.

(24) Rodière, *eod. loc.* et Code de la navigation aérienne, art. 160. On peut noter que la même idée a été exprimée pour l'utilisation des engins de remontée mécanique qui équipent les stations de ski par M. Rabinovitch, *in* « Ski et Droit : les engins de remontée mécanique », J.C.P. 1965.I.1953. « A notre sens, écrit cet auteur, un entrepreneur peut donc parfaitement interdire l'accès à un usager qui ne se plierait pas à la discipline nécessaire, qui entraverait la bonne marche de l'appareil, qui se livrerait à des acrobaties susceptibles de faire dérailler le câble, ou même qui ne se présenterait pas en condition physique jugée suffisante. »

(25) Cf. Trib. civ. Seine, 20 février 1952, précité.

(26) Cf. l'abondante — et amusante — jurisprudence concernant le port du chapeau pour les femmes à l'intérieur d'une salle de spectacle, citée par Peyronnet, « Du contrat de spectacle », Thèse Montpellier, 1905 et Falco, « Droits et devoirs du spectacle au théâtre », Thèse, Paris 1907.

Cette solution est d'ailleurs implicite dans bien des décisions. Les tribunaux civil de la Seine et de commerce de Marseille (27), après avoir posé le principe que le directeur ne peut refuser l'entrée à celui qui se propose de payer, prennent, comme hypothèse de raisonnement, le cas du spectateur qui « se présente dans des conditions convenables et ne vient pas dans le but de faire du scandale et de troubler la représentation ». En matière de contrat de transport, même chose : « Attendu que Beau a essayé tout d'abord de justifier son refus de transporter le voyageur Burguet en relevant contre lui quelques reproches au sujet d'un voyage qu'il aurait fait précédemment dans sa voiture » (28), mais ces reproches s'étaient révélés sans fondement; ou bien encore la formule du juge de paix dans l'espèce Bouvet contre Delamarche (29) : « Si Bouvet était libre de refuser les voyageurs alors qu'il y avait des places vacantes dans sa voiture, ces derniers offrant la rétribution fixée et *étant à l'abri de tout reproche sur l'état où ils se trouvent...* » (30), c'est apparemment ce que, dans la même espèce, vise la Cour de cassation (31) quand elle remarque que ce refus n'était justifié par aucun « motif légitime ». De toutes ces formules on peut conclure *a contrario* que si le sollicitant n'avait pas eu une tenue correcte, si les reproches à lui faits avaient été justifiés, c'est à bon droit que le sollicité aurait repoussé sa prétention. Idée qui nous explique alors la solution Boleslas de Zdzienki (32), ce professeur de patinage congédié pour « manquement aux obligations imposées aux professeurs de patinage »; ce n'était point tant parce qu'il avait fait partie du personnel de la maison que l'on ne voulait point le recevoir — et la solution de l'espèce Denis Bottone (33) est là pour confirmer ce que nous avançons — que parce qu'il avait été congédié pour « manquement aux obligations imposées aux professeurs de patinage ».

Il est certain que la tenue, les qualités exigées du sollicitant vont varier selon les rapports pouvant exister entre les partenaires du pollicitant. Et c'est avec juste raison que le jugement de Pont-L'Evêque (34) relève qu'il n'est pas possible de totalement assimiler un théâtre à un casino. « Celui-ci implique — en effet — entre ceux qui s'y rencontrent et spécialement entre les abonnés, une continuité des rapports, une fréquence et une liberté de contacts, incontestable-

(27) Décisions précitées, cf. *supra*, p. 137.
(28) Trib. com. Périgueux, 26 août 1879, D. 1881.3.84, C.A. Bordeaux, 8 mars 1881, précité.
(29) Juge de paix de Morteau, 8 mars 1865, S. 1868.I.193, précité.
(30) C'est nous qui soulignons.
(31) 3 décembre 1867, S. 1868.I.193, précité.
(32) Trib. Paix, Paris, 13 janvier 1893, précité.
(33) Cass. 19 février 1896, précité.
(34) 25 juillet 1878, précité.

ment plus intimes (que celui-là) ; ces relations journalières qui sont de l'essence des salons et des casinos doivent, à peine de déconsidération et de ruine pour l'établissement, offrir une certaine sécurité ». Mais la recherche de cette sécurité — dont le casino est, répétons-le, garant — n'autorise en rien la direction à émettre des réserves qui ne seraient plus *intuitus personae* mais *ad personam*. C'est du moins ce que l'on peut déduire d'une ordonnance de référé du président du tribunal civil de Pau (35). Une personne avait un différend avec le directeur du casino de cette ville, et malgré ses offres de payer les droits d'entrée, se voyait refuser l'accès de la salle. Le magistrat admit que ce refus était incorrect du moment que le spectateur ne troublait pas le spectacle auquel il assistait, et chose plus importante, que le demandeur pouvait employer la force publique pour faire exécuter l'ordonnance.

Pour éviter cet écueil, on a dit, comme les juges de Pont-L'Evêque, que le casino n'est pas en état d'offre, que le règlement — quoique publié — ne constitue pas une pollicitation, et que de toute façon le contrat ne se forme qu'une fois le prix payé. Cette attitude est très isolée et contraire aussi bien à l'ensemble de la jurisprudence qu'au simple bon sens. Quoi qu'il en soit, elle présente un mérite : celui de faire ressortir la justesse de notre position. Car *a contrario* on en déduira que quiconque est en état d'offre sera lié à qui se présentera, à condition toutefois que l'adhésion de ce sollicitant coïncide exactement avec l'offre faite (36).

Mais les réserves opposables au public ne sont pas seulement celles tirées des obligations qu'assume le pollicitant vis-à-vis de ses autres contractants. Il est aussi raisonnable de penser que chaque offre est limitée par l'idée qu'à l'impossibilité nul n'est tenu. Ainsi s'explique la réserve : « jusqu'à épuisement du stock », ou celle « dans la limite des places disponibles ».

On peut d'ailleurs se demander si, en définitive, toute offre n'est pas dominée par une réserve très générale : celle de la sécurité du pollicitant. On pourrait sans doute expliquer par cette idée les notions que nous venons d'envisager : la sécurité des cocontractants du pollicitant ne fait-elle pas sa propre sécurité ? Mais cela serait peut-être inutile, car le contrat permet une très juste mesure. Aussi préférerions-nous y voir une notion en quelque sorte subsidiaire, ne servant d'étalon que dans le cas de l'insuffisance du contrat.

(35) 18 décembre 1906, R.T.D.C. 1906.163, Observations Demogue.

(36) On notera aussi qu'il semble que l'analyse des faits par les juges de Pont-L'Evêque et leur solution de droit ne concordent pas : on comprend mal, en effet, comment on a pu parvenir à la solution adoptée, alors que le sollicitant avait acheté — donc payé — sa carte avant de se présenter au casino...

Nous avons déjà parlé d'un jugement du tribunal de commerce d'Avignon (37) rendu à propos d'une annonce publicitaire qu'un commerçant avait voulu faire insérer dans un journal, ce qui n'avait pas été fait. On sait que le tribunal a retenu la responsabilité du journal car, disait-il, si « la publication d'un tarif d'annonces n'est pas une pollicitation, mais seulement une invite tendant à provoquer des offres d'annonces que le journal est en droit d'accepter ou de refuser », celui-ci a commis, tout de même, « un abus de son droit », en refusant d'insérer l'annonce : il n'a agi que par représailles, sans « motif légitime », aucune considération tirée du texte de l'annonce et de la solvabilité du client ne pouvait justifier le refus. On sait aussi que la Cour de Nîmes statuant en appel (38) retint qu'il y avait un accord sur le prix, mais que le journal n'avait pas renoncé à son « droit de vérification et de contrôle de publications qui peuvent engager sa responsabilité ». Mais la Cour retint tout de même la responsabilité du journal en raison du retard qu'il avait apporté à faire connaître son refus. Ces deux décisions, bien que retenant chacune la responsabilité du journal, sont doublement opposées aussi bien quant à leur motivation que par leur portée. Pour la première donc, le journal n'est pas en état d'offre, mais il peut abuser de son droit de ne pas contracter. Pour la seconde, il est en état d'offre, et par là se forme un accord, mais celui-ci est limité et le journal peut contrôler ce qu'on lui soumet pour ne pas engager sa responsabilité personnelle. Cela revient sans doute au même résultat, à cela près que la seconde solution est tout de même plus précise, plus sûre que la première. Car l'abus du droit sera ce que seront les magistrats qui trancheront, alors que l'éventuelle responsabilité du journal à raison de la publication de l'annonce est un terme sûr de comparaison (39).

On voit ainsi mieux la raison qui milite pour la subsidiarité de la sécurité du pollicitant comme réserve. Elle est du même ordre que celle qui fait de la responsabilité délictuelle une théorie subsidiaire. Chaque fois que le contrat précise des obligations, définit des cas de responsabilité, il est inutile de faire appel à la *clausula gene-*

(37) 20 mars 1931, D.H. 1931.312, précité.

(38) 13 mai 1932, D.H. 1932.210, précité.

(39) On a soutenu (PUYBUSQUE, « Le contrat de publicité », Thèse, Toulouse 1936, p. 79) qu'il faut aussi permettre le refus lorsque l'annonce serait de nature à mécontenter les lecteurs, parce que contraire à leur religion, à leurs idées politiques. L'hypothèse à première vue semble peu probable : on imagine mal l'éditeur d'ouvrages de piété voulant insérer une annonce dans un journal libre-penseur, ni le tenancier d'un cabaret voulant annoncer son spectacle dans une publication paroissiale. Mais si cela était, on pourrait très bien opposer au sollicitant que l'insertion de cette annonce serait une violation des engagements que le journal prend vis-à-vis de ses lecteurs, de même que ce serait de la part de l'entrepreneur de spectacles une violation de ses engagements vis-à-vis de ses contractants s'il acceptait un spectateur ivre.

ralis de l'article 1382. Ici donc, chaque fois que la réserve accompagnant l'offre trouvera sa mesure dans une obligation contractuelle du pollicitant, il lui sera inutile (40) d'en appeler à la sécurité. Par contre, si la formation d'un contrat — toute « réserve mise à part » — à partir de l'offre dont il est l'auteur devait engager une responsabilité plus générale fondée sur l'article 1382, alors c'est par sa propre sécurité que le sollicité justifierait la réserve insérée.

Cette idée permettrait aussi de préciser une notion que l'on trouve parfois sous-entendue dans nos décisions : la notion de rapports habituels d'affaire. Il semblerait normal, en effet, que le professionnel qui a déjà eu à se plaindre d'un de ses clients, refuse de lui prester ses services : pourquoi conclure un contrat s'il doit être résolu du fait du client ? Nous pensons toutefois que cette notion est à manier avec une extrême prudence, et que le juge ne pourrait prendre en considération que les événements passés d'une certitude totale. Pas forcément, d'ailleurs, des événements graves : un juge de paix parisien (41) a pu ainsi débouter de sa demande un sollicitant qui, après avoir affecté vis-à-vis d'un restaurateur « des allures d'un autre âge », s'est vu par celui-ci refuser la table. Pour parvenir à une telle décision, le juge de paix dut d'ailleurs recourir à une analyse absolument fausse se refusant à voir dans le restaurateur un offreur permanent. C'est, pensons-nous, une conséquence de l'analyse déjà critiquée de la loi de 1791 (42) et il semble bien qu'il faille voir dans l'enseigne, l'affichage de la carte et du prix, ainsi que dans la publicité, une pollicitation permanente.

Section II

LA POLLICITATION DU SOLLICITE EST LA MESURE DE SON ENGAGEMENT

La section précédente nous a permis de voir qu'en définitive l'offre, à condition qu'elle soit licite, constitue la mesure du contrat : le pollicitant n'est engagé que dans la limite de l'offre faite.

C'est un principe souvent proclamé par la jurisprudence (§ 1), et qui, en fin de compte, présente une grande sécurité pour le public (§ 2).

(40) Il serait peut être plus classique de dire « impossible ».
(41) VIII[e] Arr., 28 février 1889, D.P. 1894.2.132.
(42) Cf. Charpentier, « La profession d'hôtelier », Thèse, Paris 1913, p. 18.

§ 1. — L'offre comme mesure du contrat.

Il est tout d'abord certain qu'il n'existe pas de moyen de forcer un individu à contracter quand il reste totalement inerte. La jurisprudence est formelle et la Cour de cassation a tranché le débat dans une espèce dont son annotateur (43) a écrit qu'elle ne présente pas d'intérêt particulier, mais qu'elle constitue un bon exemple des tendances de la jurisprudence en matière d'abus de droit.

Le sieur Delubac, fondant la « Société Ardéchoise Soie et Viscose », lui avait fait apport de divers bâtiments et de « ses droits de prise d'eau, servitudes de barrages, d'appui et autres, pouvant amener trois cents chevaux de force, sans exception ni réserve ». La société, en outre, a prétendu se faire céder par M. Delubac un terrain qui n'était pas compris dans lesdits apports. Cette demande ayant été repoussée par la Cour de Nîmes (44), la Société se pourvut, et la Cour de cassation rendit l'arrêt suivant (45) : « Attendu qu'il est reproché à « l'arrêt, alors que des conclusions formelles avaient été prises par « la Société de dire que Delubac s'était engagé à faciliter par tous « moyens en son pouvoir la mise en œuvre du projet consistant à « amener une force de trois cents chevaux par un canal, de n'avoir « pas répondu et de s'être borné à affirmer que Delubac n'avait pas « commis d'abus de droit. Mais, attendu que si ces conclusions ten- « daient à faire déclarer que Delubac agissait par pur caprice et « commettait un abus de droit en refusant de céder à la Société le « terrain qui lui appartenait pour permettre d'élargir le canal, et « ce, bien que ce terrain, en nature de roche, gravier et terre sans « utilité pour lui, fut l'objet d'un prix triple de sa valeur, l'arrêt « déclare que Delubac s'est acquitté envers la Société de tout ce « qu'il avait promis de lui apporter et que loin de faire un usage « abusif de son droit de propriété, il s'est borné à vouloir le conser- « ver. D'où il suit que le moyen n'est pas fondé. Rejette. »

On pourrait objecter que cette décision n'est pas topique et qu'elle concerne l'abus du droit de propriété, non celui de ne pas contracter.

L'argument est moins sérieux qu'il ne paraît.

D'une part, d'abord, on peut répondre que « dans ses applications ordinaires la théorie de l'abus du droit conserve le droit de propriété en se bornant à le restreindre, tandis qu'en l'occurrence elle lui demanderait de se supprimer, de s'aliéner » (46).

(43) M. Brethe de la Gressaye, N. S. 1925.I.217.
(44) 17 février 1922, non rapporté.
(45) 24 novembre 1924, S. 1925.I.217, N. Brethe de la Gressaye.
(46) Carbonnier, T. II, n° 101, p. 345.

D'autre part, on doit se rappeler que le contrat n'est qu'un moyen, qu'un « véhicule ». Il est donc peut-être impossible en l'absence même de tout contrat, de le saisir autrement qu'à travers les droits qu'il aurait eu pour mission de faire évoluer. On serait presque tenté ainsi de considérer, comme M. Justafre (47), le refus de vendre « comme le refus d'un propriétaire de céder son droit de propriété, sur un bien déterminé par le mode du contrat de vente, et non comme le refus d'un pressenti de se lier contractuellement à l'occasion d'un transfert de propriété ». C'est d'ailleurs à peu près ce qu'a retenu la Chambre des Requêtes : le sieur Delubac ayant acquitté ses obligations vis-à-vis de la Société demanderesse, se bornait à vouloir conserver son droit de propriété.

Traduisons : lorsqu'un individu n'a pas fait connaître le désir qu'il a d'aliéner son bien, on ne peut l'y contraindre. Mais la manifestation de ce désir peut l'engager. Encore faut-il, nous l'avons vu, que ce désir soit clairement exprimé et qu'il y ait concordance entre le désir du vendeur et l'envie de l'acquéreur. Pour que le désir du vendeur l'engage, il faut donc qu'il ait pris la forme d'une offre claire et précise, et que celle-ci ait fait l'objet d'une acceptation. Mais, soulignons-le, l'obligation de l'offrant n'est pas une obligation à contracter : elle est une obligation contractuelle. L'offre se présente donc non, comme l'ont dit certains, comme une diminution de la liberté contractuelle (48), mais comme l'exercice même de cette liberté... Celui qui émet une offre fait, sur la route du contrat, la moitié du chemin, mais il a indiqué jusqu'où il voulait aller. L'offre est donc, non seulement la manifestation de la liberté contractuelle, elle est aussi la mesure du contrat.

Cette importance de l'offre comme « mesure du contrat » nous la retrouvons soulignée par toute une série de décisions rendues antérieurement à la législation sur les prix et au délit de refus de vente.

Antérieurement à cette législation, on reconnaissait au fabricant le droit d'imposer à ses détaillants les prix qu'il voulait et il avait à sa disposition une action pour faire respecter l'engagement pris (49). Mais nous savons que le prix imposé comporte le refus de vente. Un beau jour, un pharmacien demanda au tribunal de la Seine (50) de condamner plusieurs syndicats de réglementation de spécialités phar-

(47) Justafre, « De l'abus du droit de ne pas contracter », Thèse, Montpellier 1950, p. 73.

(48) Cf. Ricot, *op. cit.*, pp. 6 et 7.

(49) Trib. com. Dunkerque, 13 juin 1932, D.H. 1933, somm. p. 3, cour d'appel de Douai, 29 juin 1933, D.H. 1933, p. 564. Et sur l'application de l'article 419 C.P. voir entre autres, Paris, 14 janvier 1902, D. 1903.2.297, N. Percerou.

(50) « Lefrançois contre Syndicat de Réglementation et autres », Trib. com. Seine, 12 février 1935, D.H. 1935.223 et sur appel, Paris, 21 juillet 1936, D.H. 1936. 482. Dans le même sens, Paris, 14 janvier 1902, précité.

maceutiques et certains commissionnaires et grossistes qui lui refusaient la fourniture de leurs produits : ils lui reprochaient — et le lui avaient signifié — de consentir des remises sur les prix imposés par les fabricants. Le tribunal — et sa motivation est intéressante au regard de la jurisprudence contemporaine qui, ne l'oublions pas, est une jurisprudence pénale qui cherche à savoir s'il y a ou non infraction — reconnut d'une part, que les spécialités refusées étant propriété exclusive du fabricant, celui-ci a le droit d'établir et de modifier le prix, et d'autre part, que les syndicats de réglementation étaient licites. Puis il statua sur la licéité du refus bien que le demandeur ne se soit pas engagé à vendre à prix imposé, les syndicats avaient parfaitement le droit de lui refuser les produits de leurs adhérents; admettre le contraire aurait conduit à faire au pharmacien engagé vis-à-vis de ces syndicats — et qui ne pouvait consentir de remise, à peine de dommages-intérêts — une situation pire que celle du pharmacien étranger à ces groupements — et qui pouvait vendre comme il l'entendait. Enfin, comme il s'agissait là d'une action « particulièrement audacieuse » (*sic*), le tribunal débouta le sollicitant qui n'eut pas meilleure fortune en appel.

On oppose (51) à cet ensemble de décisions un arrêt de la Cour d'Aix (52) qui condamna des syndicats de réglementation et des grossistes qui avaient aussi refusé de livrer à une pharmacie qui ne respectait pas les prix imposés. Il y aurait dans cette décision une application de la théorie de l'abus du droit de ne pas contracter. Il est certain que la décision a emprunté un style maladroit. Pourtant deux éléments ne doivent pas être négligés si l'on veut avoir une juste idée de la portée de cette décision. D'une part, cette disposition de l'arrêt : « Attendu que si chaque spécialiste a indubitablement la propriété exclusive (53) du fabricant qui lui donne le droit d'établir et de modifier le prix de sa marque et même d'exclure certains intermédiaires de la vente ... il ne lui est pas permis, une fois le prix offert à la clientèle, de le modifier *dès que cette dernière a accepté l'offre* (54) ; qu'ayant par circulaires, prospectus ou brochures proposé un prix d'achat avec remise sur le prix aux pharmaciens, dont de toute évidence font partie les pharmacies mutualistes, les spécialistes ne peuvent *sans avis préalable aux commandes*, modifier ces prix ou ces conditions. » Ce qui signifie que les grossistes ont fait une offre

(51) Cf. Trasbot, note au J.C.P. 1946.2915.

(52) Aix, 25 octobre 1943, J.C.P. 1946.2915 avec N. Trasbot.

(53) Sur la propriété que le fabricant a sur sa marque et les conséquences que cela entraîne aujourd'hui sur la conception du refus de vente, voir *supra* « Le droit pénal et le refus de contracter ».

(54) Il ne s'agissait pas ici d'un refus absolu de livrer, mais du refus de livrer à des conditions de grossiste.

et que, une fois celle-ci acceptée, le contrat est formé; toutefois si antérieurement à une commande — c'est-à-dire avant la manifestation d'acceptation — il y a eu avis de modification de l'offre, c'est alors l'offre modifiée qui s'adresse au public — ou à tel destinataire qui plait au fabricant — et le contrat qui se forme se formera sur la base de cette offre, personne ne pouvant se réclamer des précédentes conditions. En principe tout au moins, car — et c'est le deuxième point sur lequel il est bon d'insister — il ne faut pas oublier qu'une réserve insérée dans une offre ne peut avoir pour effet de paralyser l'exercice d'une liberté légalement reconnue; or la mutualité est légalement reconnue, et c'est ce que cet arrêt a voulu dire.

Car ici, la situation n'est pas du tout la même que dans l'affaire Lefrançois où le sollicitant était un pharmacien comme un autre, un sollicitant sans qualité particulière demandant qu'on lui livre des marchandises pareilles à d'autres marchandises, c'est-à-dire non taxées (85). Ces marchandises avaient fait l'objet d'une offre au public, et Lefrançois avait profité des avantages offerts à tous. Mais il avait enfreint les obligations — reconnues légitimes à l'époque des faits — imposées aux acquéreurs. Il fit l'objet d'une notification que les offres ne s'adressaient plus à lui. Attitude tout à fait possible de la part du fabricant puisqu'on peut considérer celui-ci comme étant en état d'offre permanente (56), et que le sollicitant avait violé des engagements pris, implicitement, lors de la passation des commandes. Dans la seconde hypothèse, au contraire, ce n'est qu'en apparence que le sollicitant s'est trouvé en contravention avec les obligations que le fabricant faisait peser sur les prix. Car légalement il n'était pas tenu de les respecter. C'est du moins ce qu'il faut déduire d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 juillet 1939 (57) qui avait déjà opposé la Mutuelle des Commis et Employés de Marseille aux Syndicats de Réglemen-

(55) Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris — (suivis d'ailleurs par la Cour d'Aix) — semblent attacher une certaine importance à la notion de denrée de « première nécessité ». Il s'agit là d'un héritage des décisions pénales du siècle dernier : la Cour de cassation dans des arrêts par lesquels elle condamna un boulanger qui ne voulait pas livrer son pain au prix de la taxe (Crim., 12 mai 1854, S. 1854.I.500, précité et remarquons que ce n'est pas la première en date des décisions de condamnation) dit « qu'il n'est pas du boulanger vendant des denrées de premières nécessités comme de tout autre marchand ». Ce qui n'a pas pour but de dire que celui qui vend des denrées de première nécessité se trouve tenu de contracter, mais simplement d'annoncer l'attendu suivant, et d'expliquer pourquoi le boulanger voit son activité taxée. Mais de cela il ne faut pas conclure que le fait qu'une marchandise soit de « première nécessité » entraîne, *ipso facto*, pour son vendeur l'obligation de la vendre. La meilleure preuve est que l'on est obligé de prendre des textes pénaux pour contraindre à la livraison.

(56) Son offre se manifeste toujours sous la forme de ces réclames, prospectus, catalogue, qui sont autant de sollicitation conditionnelles (cf. *supra* et CARBONNIER, T. II, n° 100).

(57) J.C.P. 1946.2915, N. Trasbot.

tation et aux grossistes. Il avait été jugé que la clause du prix imposé, faite pour les commerçants détaillants, ne peut être interprétée comme obligatoire pour une mutuelle ne faisant pas d'opérations commerciales. En conséquence, une pharmacie mutualiste, créée conformément à la loi du 1er avril 1898, cédant à ses seuls membres, et sans faire de bénéfices, des produits pharmaceutiques, est en droit, en ce qui concerne les spécialités, de ne pas tenir compte de la clause de prix imposé par le propriétaire de la marque.

A la suite de cet arrêt, lesdits fabricants et grossistes décidèrent de ne plus vendre qu'au prix de détail, ce qui conduisait donc la pharmacie mutualiste à vendre plus cher qu'une autre pharmacie. Cette attitude était donc doublement fautive. D'une part, elle était une violation d'une liberté reconnue par la loi, violation du même ordre que celle que nous avons pu observer de la part du patron exigeant de son employé qu'il soit célibataire ou non syndiqué, d'autre part, elle se présentait comme une fraude à une décision de justice (58).

Ainsi donc nous ne pensons pas que cette décision de la Cour d'Aix vienne infirmer notre théorie. Bien au contraire elle est le lien nécessaire entre ce que nous venons de démontrer et ce que nous avons énoncé plus haut. Lorsque le sollicité et le sollicitant sont étrangers l'un à l'autre, celui-ci ne peut forcer celui-là à lui prester quelque chose. Par contre si le sollicité a émis une offre, et qu'elle rencontre l'adhésion du sollicitant, il devra alors, non pas « contracter » mais tout simplement exécuter le contrat formé par l'acceptation de son offre.

§ 2. — Appréciation critique du système français.

La construction de la jurisprudence française est d'une extrême sécurité.

Sécurité pour tout un chacun, d'abord, puisque l'on ne peut être engagé de force dans des liens juridiques, et que, si on a émis l'intention de se lier par contrat, on est lié dans la mesure de son offre.

Sécurité pour l'acceptant éventuel, ensuite, qui sait qu'il ne peut y avoir de modification à l'offre émise, et qui peut compter très fermement sur l'offre émise en permanence.

Un exemple le fera mieux comprendre.

(58) Cf. J. Vidal, *op. cit.*, Il y avait bien ici une règle obligatoire — l'arrêt de la Chambre des Requêtes — l'intention de l'éluder et un moyen efficace qui consistait non pas dans le simple refus, mais dans l'offre de la marchandise à des conditions plus onéreuses.

Le 2 février 1954, le Tribunal fédéral suisse (59) statuait sur une espèce très proche de celles que nous avons examinées en matière de spectacle. Mais la solution de droit fut bien différente. La juridiction helvétique a en effet admis que n'outrepasse pas les limites de la liberté contractuelle, et ne commet aucune faute l'exploitant d'une salle de spectacles (60) qui en refuse l'entrée à une personne déterminée, dès lors qu'il a prévenu à l'avance cette personne par une lettre dont les termes n'étaient pas blessants pour l'honneur ou la considération du destinataire. D'une part, le Tribunal fédéral retenait que le ticket de cinéma n'est pas une valeur au porteur transmettant avec lui la créance de spectacle qu'il représente : on ne peut donc user d'un ticket fourni par un tiers. D'autre part, il dispose qu'on ne saurait soutenir que l'annonce d'un film jointe à l'indication du prix des places constituerait une offre obligatoire à personne indéterminée alors qu'il s'agit d'une invitation au public à formuler des offres.

Cette double analyse est contraire aux analyses couramment faites en France. En ce qui concerne la cessibilité du billet, nos auteurs répondent par l'affirmative, tirant argument de ce que, lorsque le billet n'est pas cessible, il en porte la mention (61). Quant à la position de l'entrepreneur de spectacles, chacun s'accorde à voir en lui un offreur permanent (62).

La différence des solutions sur le problème du refus de contracter dans les systèmes germanique et français, a en définitive pour cause la différence d'opinion sur la position du sollicité.

Est-il en position d'offrant ? Se borne-t-il à faire une *invitatio ad offerendum* ? Là est la question.

Les auteurs de formation allemande sont formels : le commerçant se borne à émettre une invitation à faire des offres (63). Après avoir posé qu'une *invitatio ad offerendum* existe dans le cas où l'offrant n'a pas l'intention d'être déjà lié, lorsqu'il veut se réserver la possibilité de conserver son droit d'accepter ou de refuser l'inté-

(59) Le sommaire de cette décision est rapporté aux Tables Quinquennales Sirey, 1951-1954 V° Commerce et Industrie, n°s 8 et s. Malheureusement la référence semble être fausse car nous n'avons pu retrouver le texte intégral de la décision.

(60) En l'espèce, un cinéma.

(61) Rouast, « Le contrat d'entreprise », *in* Planiol et Ripert, T. XI, n° 971 qui note que la clause interdisant la vente laisse subsister le droit de donner et cite (note 2, p. 280) Seine, 2 février 1907, D. 1907.5.32.

(62) Cf. Rouast, *eod. loc.* et l'ensemble de la jurisprudence que nous avons analysée (moins bien sûr, le jugement du 25 juillet 1878 du tribunal de Pont-L'Evêque déjà cité).

(63) Cf. Von Tuhr, « Partie générale du Code des obligations », § 24, II.

(64) Entendons : celui qui le sollicite.

ressé (64), l'un d'entre eux (65) précise sa pensée : « Par un distributeur automatique, il y a une offre au public (66) ; cette offre est acceptée par l'introduction d'une pièce dans la fente; mais lorsque le propriétaire d'un magasin met des marchandises en montre, ce n'est pas forcément une offre, et il peut simplement s'agir d'une *invitatio ad offerendum*. Seront simplement des cas d'*invitatio ad offerendum* l'envoi de catalogues avec prix, annonces dans les journaux, menus des restaurants : dans tous ces cas l'invitant conserve la possibilité de refuser si un intéressé se présente » (67).

Opposée est la conception française.

Notre droit fait en général une différence entre la pollicitation ferme, et l'offre sans engagement. Si la première engage son auteur dès l'acceptation, quelle est la force de la seconde ? Est-ce une *invitatio ad offerendum ?* Il ne le semble pas. Ainsi, Monsieur le Doyen Carbonnier (68) préfère y voir une « pollicitation tacitement conditionnelle ». Certes, il reconnaît que les propositions ainsi qualifiées « n'ont pas la précision nécessaire pour constituer la base d'un contrat » (69), ce qui est la caractéristique essentielle de l'offre. Mais il souligne que dans cette analyse « l'initiative contractuelle est artificiellement imputée aux clients, alors que dans la réalité sociale, elle appartient bien plutôt à l'entreprise... ». De surcroît, il importe de noter que la notion d'offre sans engagement est loin d'englober autant de cas que l'*invitatio ad offerendum*, et que l'on a tendance à la limiter à l'envoi des prospectus, catalogues et autres tarifs (70). « En re-

(65) H. Lange B.G.B. Allgemeinerteil, p. 240, § 2.

(66) On comprend cette analyse : le propriétaire du distributeur a renoncé à son pouvoir.

(67) H. Lange, *eod. loc.*

(68) Droit civil, T. II, n° 99, p. 340.

(69) Carbonnier, *eod. loc.*

(70) Cf. Carbonnier, *eod. loc.* Marty et Raynaud, T. II, n° 100. Allant plus loin la Cour de Paris, par un arrêt du 3 décembre 1959 (J.C.P. 1961.12308 N. Gavalda) a admis que l'envoi de prospectus pour solliciter de la part de certains commerçants leur participation à une foire constitue une « offre adressée à des personnes indéterminées de participer à cette manifestation » et que « par l'acceptation de cette offre en temps utile, il se forme entre les parties un premier accord contractuel, les organisateurs de la foire ne pouvant dès lors refuser une adhésion qu'en se conformant aux clauses du règlement qu'ils ont eux-mêmes élaboré ». M. Gavalda critique cette décision pour des raisons tirées de la nature du contrat de foire. Nous aurions plutôt tendance à croire que l'offre sans engagement étant exceptionnelle (cf. ce qui est dit dans le texte), la solution de la Cour de Paris ne manque pas de sagese. Le doyen Ripert a d'ailleurs donné une opinion voisine à propos du bulletin de souscription à une société anonyme : « Le bulletin est une réponse au prospectus. Ce qui est exact c'est que les fondateurs ont le droit de repousser une souscription, si elle est tardive, ou de la réduire, parce qu'ils se réservent ce droit au cas où le capital social se trouverait dépassé par le montant total des souscriptions. Mais ils ne pourraient repousser un souscripteur déterminé sous le prétexte qu'il serait indésirable ou peu solvable. La société par actions ne comporte pas l'agrément personnel des associés quand elle se forme par souscription publique », Ripert, « Droit commercial », T. I, n° 949. Cette obli-

vanche, l'exposition d'objets à vendre dans un étalage avec l'affichage de leurs prix est une offre non équivoque et il est évident qu'elle s'adresse en principe à des personnes indéterminées » (71).

Cette différence de conception nous fait comprendre alors combien peut être abusive — et d'autant plus abusive qu'elle est inutile — l'assimilation faite par un auteur contemporain, entre les positions de la jurisprudence française et celle d'une partie de la doctrine allemande. Pour M. Rieg (72), la jurisprudence française aboutit, par delà les idées de monopole, privilège, denrées nécessaires, à la notion de devoir d'approvisionnement public, notion dégagée par un juriste allemand (73) vers 1940. Cet auteur, dépassant la notion de monopole retenue jusque-là par la doctrine allemande (74), développa que ce qui importe ce n'est pas tant la situation d'une entreprise qui, en droit ou en fait, est la seule à fournir certaines prestations; ce qui est décisif, c'est de savoir si oui ou non elle a un devoir d'approvisionnement. Pour illustrer sa pensée, l'auteur donne l'exemple suivant : « Dans une petite commune il y a deux magasins. Aucun des deux n'a donc une position de monopole. L'instituteur L... a jusqu'à présent fait ses achats auprès de A... Mais ce dernier refuse un jour de lui livrer ses marchandises parce que L... a infligé une mauvaise note à son fils. Quant à B... il refuse de vendre à L... parce qu'il n'a jamais été son client. A... est alors obligé de contracter bien qu'il n'occupe pas de situation monopolistique, car il n'a pas le droit d'abandonner son devoir d'approvisionnement du client pour des motifs arbitraires » (75).

Le devoir est limité aux prestations et biens vitaux : « On admettra donc une obligation générale de contracter, pour les entreprises de transports en commun, de distribution d'eau, de gaz, d'électricité et les pharmacies. En revanche les théâtres, cinémas, restaurants, magasins de détails ne rentrent pas en principe dans cette catégorie, car en être exclu, même si ce sont les seuls de l'endroit, n'affecte en rien les intérêts vitaux de l'individu » (76).

Nous le disions : cette analyse est inutile chez nous, et abusive. Elle est abusive parce que le point de départ n'est pas admis par

gation pour l'auteur de l'offre de se conformer au règlement qu'il a lui-même élaboré est du même type que celle existant à la charge de l'entrepreneur de spectacles par exemple.

(71) Marty et Raynaud, T. II, n° 100.

(72) A. Rieg, « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand », n° 221.

(73) Bulck, « Von Kontrahierungszwang zur Abschlussplicht ».

(74) Cf. les auteurs cités par Rieg, *op. cit.*, n° 215 qui estimaient qu'il y avait obligation de contracter au cas d'exploitation immorale d'une situation monopolistique.

(75) Rieg, *op. cit.*, n° 216.

(76) Rieg, *eod. loc.*

notre façon de voir. Elle est inutile parce que la notion d'offre permanente, qui le plus souvent se suffit à elle même, se trouve dans les cas les plus importants, doublée de celle de l'égalité devant le service public (77).

On peut se demander alors comment il se fait que l'on a recherché en France, le moyen de poursuivre le refus de contracter alors que la nécessité ne s'en faisait pas sentir. Trois raisons se sont, à notre avis, conjuguées.

Il y a eu, tout d'abord, la très mauvaise interprétation des décisions pénales rendues au siècle dernier à l'occasion de la taxation de certaines marchandises. Ce contresens a déjà été signalé. Il n'y a pas à y revenir.

Mais il n'eût pas été possible sans doute, ou tout au moins aurait été d'effet très limité, s'il n'y avait eu en même temps d'une part certaines imprécisions dans la théorie de l'offre, et d'autre part, l'apparition de la théorie du contrat d'adhésion.

Les imprécisions concernant la théorie de l'offre sont évidentes.

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler que l'acte juridique plurilatéral appelé convention suppose l'accord de plusieurs volontés, et que cet accord se nomme le consentement. On sait aussi que « pour que le consentement puisse se former, trois conditions sont nécessaires; les volontés qui constituent l'offre et l'acceptation doivent exister, s'être manifestées, s'être rencontrées » (78). Or la rencontre des volontés doit présenter trois caractéristiques : elles doivent être unanimes, conformes les unes aux autres, et simultanées (79). C'est là, croyons-nous, que le problème est mal posé : on a le plus souvent tendance à faire entrer dans la notion de simultanéité des questions relevant de la conformité des volontés.

« En principe, écrit un auteur, l'offre subsiste tant qu'elle n'est pas formellement rétractée. Cela est vrai de l'offre faite à une personne déterminée ... cela est pareillement vrai de l'offre faite au public, et a été souvent jugé... En matière de transports, l'entrepreneur de messageries qui a établi un service public entre deux localités et fixé ses tarifs, ne peut en dehors des cas prévus par les règlements, refuser une place disponible à un voyageur qui offre d'en payer le prix (trib. de commerce Périgueux, 26 août 1879, D.P. 1881.3.84; Bordeaux 8 mars 1881, D.P. 1882.2.208, cf. Civ. 3 déc. 1867, D.P. 1867.1. 471) ; une compagnie qui annonce qu'elle fait des transports maritimes pour un fret déterminé ne peut refuser de transporter pour ce

(77) Cf. *supra.*

(78) Breton, V° Consentement *in* Encyclopédie Dalloz, n° 5.

(79) Cette notion est celle de la coexistence dans le temps des deux volontés, c'est d'elle que relève le problème des contrats par correspondance et du maintien de l'offre pendant un certain délai.

fret les marchandises qui lui sont présentées (Aix, 8 février 1853, D.P. 1855.2.329) ; une compagnie de tramways qui publie ses itinéraires, horaires et tarifs, fait au public une offre qui, dès qu'elle est acceptée, forme un contrat de transport (Bruxelles, 19 novembre 1900, D.P. 1902.2.356) » (80).

Il est pourtant certain que dans toutes ces hypothèses (que nous connaissons pour les avoir déjà étudiées) le problème n'était pas de savoir si l'offre était toujours en vigueur au moment de l'acceptation (81). On recherchait, au contraire, si l'offre pouvait contenir une réserve *intuitu personae* à l'encontre de la personne du sollicité, donc si l'acceptation de celui-ci se confondait exactement avec l'offre (82), si les deux volontés coïncidaient l'une avec l'autre.

Pour ce qui est du contrat d'adhésion, une chose est frappante : la similitude des arguments employés dans la critique du refus de contracter et dans celle des contrats d'adhésion.

Partant de l'idée que le contrat est le véhicule indispensable à toute vie juridique et économique, on conclut qu'il serait intolérable que la puissance de certains individus leur permette d'exclure d'autres personnes de cette vie. Or, cette critique est très voisine de celle portée contre les contrats d'adhésion. Partant de la même idée de base, on conclut ici qu'il est insupportable que la force de certains individus leur permette de dicter à d'autres individus les conditions de leur participation à la vie.

Il ne faut pas s'étonner de cette similitude. S'il est difficile de donner une définition précise du contrat d'adhésion, du moins plusieurs traits s'y retrouvent-ils habituellement : « 1° la supériorité économique de l'un des contractants qui le met *de facto* en mesure de dicter ses conditions à l'autre ; 2° le caractère unilatéral des clauses préparées par les soins du *potentior*, conçues dans son intérêt exclusif; 3° leur invariabilité : c'est un tout à prendre ou à laisser (on y adhère plutôt qu'on y consent) » (83).

Or, ces trois caractères se retrouvent dans l'hypothèse de l'offre permanente. L'offreur permanent — dont nous savons qu'il ne peut échapper à l'acceptation de son offre — est le *potentior* qui élabore le contrat d'adhésion. La puissance peut être économique, mais elle peut tout aussi bien résulter de son organisation : accepter l'offre de l'ouvreuse qui propose un chocolat glacé, c'est adhérer à un contrat d'adhésion.

Ainsi le problème du refus de contracter apparaît-il comme une face complémentaire du problème du contrat d'adhésion. Dans un

(80) Breton, *eod. loc*, n°s 46 et 47.
(81) Qui est le problème de la simultanéité des volontés.
(82) Qui est le problème de la conformité des volonté.
(83) Carbonnier, T. II, n° 96.

premier cas, on cherche à lier le « puissant », dans le second on cherche à libérer le faible.

Mais il ne s'agit pas là, en vérité, de problèmes d'ordre juridique. La solution est bien plutôt d'ordre moral et politique. Cela a déjà été montré à propos du contrat d'adhésion (84). Nous avons montré en l'introduction que la solution de notre problème est, en définitive, aussi, d'ordre politique et économique. Mais il n'est pas tellement sûr, au fond, qu'une transformation soit urgente, la jurisprudence corrigeant assez bien les imperfections du système libéral (85).

(84) Cf. Zakzas, « Les transformations du contrat », Thèse, Toulouse, 1939.

(85) Nous envisageons le problème du refus de contracter dans les rapports sollicitant sollicité. Nous avons déjà démontré — à propos du refus d'embauchage — que lorsque le demandeur en responsabilité n'est pas le sollicitant, mais un tiers, il ne peut être question de refus de contracter. Nous voudrions citer ici une décision qui, à notre sens, a le grand mérite de montrer qu'en l'absence de texte il ne peut être question de forcer un individu à passer un contrat. Il s'agit d'un jugement du Tribunal civil de Grenoble du 6 avril 1964 (J.C.P. 1964, n° 13.663 avec une note R. Savatier). Une prostituée exerce son industrie et pour échapper aux dispositions de la loi pénale, l'exerce dans un appartement dont elle est propriétaire. Les autres copropriétaires de l'immeuble, gênés par la promiscuité, votent une modification au règlement de copropriété (votée conformément aux dispositions de l'art. 9 de la loi du 28 juin 1938 avec une portée moindre que celui voté à l'unanimité selon l'art. 8 de cette même loi). Cette modification interdit le racolage et prévoit l'exclusion de la communauté de la contrevenante. La personne visée par ces dispositions n'ayant pas, malgré sommation, cessé de commercer de ses charmes, le Tribunal de Grenoble eut à statuer, et tout en admettant la régularité du règlement retint « qu'en vertu des principes généraux du Droit et notamment de l'article 545 du Code civil l'exercice du droit de propriété ne peut être limité que par des lois et règlements, et nul ne peut être privé de sa propriété en dehors des cas prévus par une disposition légale (expropriation pour cause d'utilité publique, saisie immobilière) ». Ce qui revient à dire que lorsqu'il n'y a point de texte on ne peut être contraint à vendre et lorsqu'il y a intervention étatique il ne s'agit plus d'une vente, il ne s'agit plus d'un contrat. On notera que la loi suisse prévoit elle, la possibilité de l'exclusion du copropriétaire qui enfreint ses obligations (Loi fédérale du 19 octobre 1963, art. 649 *b*).

TITRE II

LE REFUS DE CONTRACTER ET LA NOTION DE POURPARLERS

Les pourparlers constituent la phase préliminaire au contrat, où les clauses de celui-ci sont étudiées et discutées. « Il n'y a pas encore de contrat formé, il se peut même qu'il n'y ait pas eu d'offre de contracter prête à être acceptée telle qu'elle : seulement des propositions et des contre-propositions » (1) ; pourtant on s'est demandé si cette situation précontractuelle ne pourrait pas être la source d'une certaine responsabilité (2), et si, entre autres hypothèses (3), il n'existerait pas une responsabilité pour rupture de pourparlers.

Nombreux sont les auteurs qui ont répondu par l'affirmative. Mais pour être exact il faut préciser qu'il y a deux façons d'envisager le problème. Pour les uns, le problème du refus de contracter et celui de la responsabilité qui peut naître de la rupture des pourparlers ne font qu'un. Telle est l'opinion, principalement de Josserand (4) et de M. Ricot (5). Pour d'autres, au contraire, il est bon de scinder les deux questions (6).

(1) Carbonnier, T. II, n° 100.

(2) Cf. Le titre de l'article de Saleilles, R.T.D.C. 1907.697 et celui de la Thèse de M. Roubier, « De la responsabilité précontractuelle », Lyon, 1911.

(3) Telles celles qui naîtront de la non-exécution d'une obligation de renseignement, cf. de Juglart, art. *in* R.T.D.C. 1945.I.

(4) « De l'esprit des droits ».

(5) Thèse précitée.

(6) Cf. Roubier, « De la responsabilité précontractuelle » ; Hilsenrad, « Des obligations qui peuvent naître au cours de la préparation d'un contrat », Thèse, Paris, 1932 ; Coherier, « Des obligations naissant des pourparlers », Thèse, Paris, 1939 ; voir aussi Carbonnier, T. II.

Pour notre part — notre plan en est la meilleure démonstration — nous sommes enclin à approuver les seconds, car il est raisonnable de penser que la période des négociations peut faire naître des problèmes qu'ignore la formation immédiate du contrat, ne serait-ce que par la multiplicité des contacts entre les négociateurs.

On a présenté bien des analyses de la période précontractuelle. Aucune n'est vraiment satisfaisante, car elles procèdent toutes de l'artifice. Comment dire, en effet, avec précision où commencent les pourparlers (7) ? Peut-on dire que l'offre d'entrer en pourparlers est vraiment indépendante de ceux-ci ? Peut-on déterminer avec précision la fin des pourparlers ? Se terminent-ils par l'élaboration de l'offre ou par l'émission de celle-ci ? Pour notre part nous pensons — c'est un acte de foi, mais toutes les analyses présentées (8), ne sont en définitive que des actes de foi — qu'il faut distinguer très nettement les négociations d'une part, de l'émission de l'offre de contrat d'autre part. En effet, si on rapproche cette question de celle du contrat qui se forme sans débat préalable, par la simple adhésion d'un individu à l'offre émise par un autre individu, on s'aperçoit en fait que, dans la seconde hypothèse, c'est la volonté — sans doute vaudrait-il mieux écrire l'intelligence — d'un seul qui a procédé à l'élaboration, puis à l'émission de l'offre; et la situation contractuelle commence avec l'émission de cette offre. Jusque-là il n'y a que libre arbitre et méditations intimes. Pourquoi faudrait-il qu'il en soit différemment dans l'hypothèse d'un contrat précédé de négociations ? Celles-ci sont rencontre de deux intelligences et réflexion conjointe. Elles vont conduire à l'émission d'un offre « taillée sur mesure » et différant par cela de l'offre à tout venant qui engendrera le contrat non précédé de débat. Mais ce sera toujours de l'offre que partira la situation contractuelle. Il faut donc penser que les négociations s'arrêtent à l'émission de l'offre de contrat exclue.

Cela admis, on peut estimer que la responsabilité pouvant découler de leur rupture est indépendante du problème que pose le refus de contracter. Pourtant la lecture de certains ouvrages admettant la même analyse des périodes précontractuelle et contractuelle peut engendrer une confusion qu'il est bon de dissiper (9). Aussi nous atta-

(7) Il semble bien que pour les auteurs, cf. essentiellement Coherier, le problème de l'entrée en pourparlers ne soit autre que celui que nous avons étudié jusqu'à présent. Nous le rejetterons donc de ces débats, puisque, par définition, il ne peut être question d'un individu en état d'offre (les pourparlers ont pour but l'émission de cettte offre) et que nous avons montré que le sollicité immobile qui n'a fait aucune offre, ne peut être poursuivi, cf. l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes du 24 novembre 1924, S. 1925.217, N. Brèthe de la Gressaye.

(8) Aussi bien celle de Fagella que celle de Saleilles, que celle de M. Coherier.

(9) C'est essentiellement à la Thèse de M. Coherier que nous pensons ainsi que, mais dans une bien moindre mesure, à celle de M. Hilsenrad. Nous n'étu-

cherons-nous à démontrer dans un premier chapitre qu'il ne faut point confondre pourparlers et technique de la formation du contrat, et dans un deuxième chapitre que si la technique de l'interprétation des contrats permet de donner effet aux pourparlers, c'est parce que l'on considère que le contrat est conclu. Ainsi dans l'un comme dans l'autre cas on ne se trouvera plus dans la période précontractuelle, mais bien dans la période contractuelle, ce qui évidemment empêche le problème du refus de contracter de se poser.

dierons pas les solutions données par JOSSERAND et M. RICOT. L'assimilation qu'ils font de la rupture des négociations avec le « refus de contracter » au cas de contrat se formant sans débat préalable entraîne par elle-même la condamnation de leurs raisonnements sitôt que l'on admet que le second problème est un faux problème.

CHAPITRE PREMIER

Pourparlers et modes spéciaux de formation du contrat.

Pour certains, la responsabilité mise à la charge de l'auteur de la rupture de négociations qui devaient conduire à un contrat trouverait sa source dans des conventions tacites qui organiseraient les pourparlers. La jurisprudence sanctionnerait cette façon de voir, ses décisions concernant essentiellement l'adjudication d'entreprise de travaux et la vente avec fixation du prix par une tierce personne, selon les termes de l'article 1592 (1).

Nous étudierons donc les rapports existant entre chacune de ces techniques contractuelles et la notion des pourparlers (Section I : Adjudication et pourparlers. — Section II : L'article 1592 du Code civil et les pourparlers).

Section I

ADJUDICATION ET POURPARLERS

Le point de départ de nos explications en la matière est un jugement du tribunal civil de Versailles du 1er juin 1894 (2) dont voici les faits.

(1) Cf. Coherier, Thèse précitée.

(2) G.P. 1894.II, *sup.* p. 3, « Maurice et Brun contre Lacroix ».

Un sieur Lacroix voulait faire construire une villa, et, par l'intermédiaire de son architecte, fit procéder à l'adjudication des travaux entre différents entrepreneurs. Deux d'entre eux se livrèrent alors à la préparation d'un devis, ce qui leur demanda un travail long et coûteux, mais au jour fixé pour l'adjudication, pourtant, ils refusèrent de déposer leur soumission, prétextant avoir « la certitude que les travaux étaient déjà donnés à un concurrent et que, par conséquent, l'adjudication ne pouvait être sérieuse »; et estimant devoir être indemnisés des frais qu'ils avaient fait, ils assignèrent le propriétaire de la villa en dommages-intérêts.

Devant le tribunal, ils établirent trois faits : antérieurement à « l'adjudication » on avait déposé sur le terrain du maître de l'ouvrage des matériaux qui servirent ensuite à la construction de la maison; puis, au dernier moment, le prix maximum prévu au cahier des charges avait été ramené à un montant inférieur aux soumissions préparées; enfin, l'entrepreneur qui construisait la maison avait traité à un prix supérieur audit maximum, ce qui établissait que celui-ci n'avait été fixé que pour écarter les demandeurs à l'instance, que l'on avait convoqués et dont on n'avait plus besoin.

Le tribunal de Versailles estima que ce procédé « déloyal » avait causé aux entrepreneurs évincés un préjudice pour lequel on leur devait réparation.

A première vue, cette décision semble être au cœur du problème, et topique d'une responsabilité pour rupture de pourparlers (3), qui se présente comme une solution exceptionnelle dans la théorie juridique de l'entreprise de construction. Pour porter un jugement aussi sûr que possible, nous étudierons tout d'abord le marché de gré à gré, puis l'hypothèse un peu exceptionnelle de l'adjudication.

§ 1. — Le marché de gré à gré.

Si nous prenons comme hypothèse de raisonnement l'exemple d'un individu qui veut faire construire une maison, nous verrons qu'il peut procéder de deux façons. Il peut d'abord s'adresser à un architecte qui lui fera des plans et les lui soumettra, et, après que ceux-ci auront été agréés, se mettra en rapport avec un entrepreneur; celui-ci établira un devis que le maître de l'ouvrage devra accepter. Mais il

(3) M. COHERIER, *op. cit.*, p. 162, écrit à propos de cette décision : « le tribunal se borne à déclarer qu'il y a là une faute de nature à justifier des dommages-intérêts sans préciser le caractère de cette faute. A notre avis il était cependant intervenu une convention tacite. Les entrepreneurs s'engageant à établir des devis, et le pollicitant s'engageant à les examiner. Ce dernier avait manqué à son obligation et sa responsabilité se trouvait engagée ».

peut aussi s'adresser directement à un entrepreneur, qui établira lui-même le plan et le devis pour les lui soumettre. Dans les deux cas, plan et devis peuvent être refusés. Mais doit-on alors une rémunération à l'auteur de ces travaux ? Nous étudierons l'une après l'autre chacune de ces deux situations.

A. — En ce qui concerne l'architecte, la jurisprudence est formelle : l'architecte, auteur de plans qui n'auraient pas été retenus a droit à une rémunération (4). Cette solution découle de la conception que l'on se fait de la finalité du contrat liant l'architecte à son client, non de sa qualification (5). On sait en effet que, pendant longtemps, les analyses jurisprudentielles et doctrinales de contrat divergeaient. Pour la jurisprudence, il s'agissait en général d'un mandat (6). Pour la doctrine au contraire — soutenue par quelques arrêts — il s'agissait d'un contrat d'entreprise, une distinction soigneuse devant être faite entre l'architecte — artiste exerçant une profession libérale — et l'entrepreneur au sens strict du terme — qui est un commerçant (7). Entre ces deux opinions tranchées, le bon sens dictait une solution nuancée (8), une solution mixte combinant les deux qualités de mandataire et d'entrepreneur :

« Lorsque l'architecte dresse les plans et prépare les devis d'une construction ou d'une réparation, il accomplit un travail pour le compte de son client, sans le représenter en aucune manière : il est un entrepreneur d'un ordre spécial, un entrepreneur de travail intellectuel. A l'inverse, quand l'architecte traite avec un entrepreneur de construction, pour le compte du propriétaire, quand il règle les mémoires de cet entrepreneur, il se comporte comme un représentant et la notion de mandat semble bien s'imposer » (9). La sagesse de cette solution et son réalisme semblent aujourd'hui l'avoir emporté en

(4) La décision la plus ancienne semble être un arrêt du Conseil d'Etat du 18 décembre 1856, D. 1857.3.49. Depuis, la jurisprudence ne s'est jamais démentie : cf. les décisions citées par HILSENRAD, Thèse précitée, p. 126 et s. et par ROUAST *in* PLANIOL et RIPERT, T. XI, n° 921.

(5) Sur le problème, cf. MINVIELLE, « Histoire et condition juridique de la profession d'architecte », Thèse, Bordeaux, 1921.

(6) Cf. HILSENRAD, Thèse précitée, p. 126 et s. ; ROUAST, *op. cit.*, n° 2, p. 143. Pour une opinion différente sur la portée de la jurisprudence, voir RODIÈRE, T. II de BEUDANT, n° 178.

(7) Cf. ROUAST, *op. cit.*, n° 910 et N. I, p. 144 avec les références ; voir aussi HILSENRAD, Thèse précitée, p. 127.

(8) ROUAST, *op. cit.*, n° 910, p. 144 ; MINVIELLE, Encyclopédie Dalloz, V° Architecte ; N. au D.P. 1923.2.41, Thèse précitée, n°° 93 et s. ; RODIÈRE, *op.* et *loc. cit.* : « on repoussera donc en bloc les opinions tranchées, qui sans distinguer, voient un mandataire dans l'architecte, ou n'y découvrent jamais qu'un entrepreneur ».

(9) ROUAST, *op. cit.*, qui ajoute que le mandat ne se présumant pas « il doit être limité dans la mesure où le propriétaire a chargé l'architecte de le représenter ».

jurisprudence, et la Cour de cassation pose maintenant en principe : « que l'architecte est un locateur d'ouvrage, qu'il ne saurait être considéré comme mandataire, à moins qu'il n'ait été chargé par son client d'accomplir au nom et pour le compte de celui-ci, certains actes juridiques déterminés » (10).

Une telle formule permet, incontestablement, d'octroyer une rémunération pour la seule confection de plans, même si ceux-ci ne sont pas suivis de travaux. Mais ce qui est très remarquable, c'est que même à l'époque (somme toute récente) où la jurisprudence voyait en principe dans le contrat liant l'architecte à son client un contrat de mandat, elle estimait déjà (annonçant la nouvelle formule) que lorsque le contrat n'avait pour but que la confection du plan il s'agissait là d'un contrat d'entreprise. Ce qui explique que, de tout temps, elle ait estimé que l'architecte avait toujours droit à une rémunération; même dans l'hypothèse où les travaux de construction ne dépassaient pas le stade des études.

B. — Diamétralement opposée se trouve être, par contre, la solution retenue pour les entrepreneurs de construction. L'arrêt le plus net est un arrêt de la Cour de Paris du 27 mars 1912 (11). Pour cette juridiction, la seule confection du devis par l'entrepreneur de construction, à défaut de la conclusion du marché en vue duquel il est dressé ne comporte par elle-même aucune rémunération; elle n'est que le préliminaire du marché et n'a que le caractère juridique de pollicitation. La décision a d'autant plus de poids qu'en l'espèce l'entrepreneur de construction avait pris des mesures pour se procurer l'eau nécessaire à celle-ci, et avait passé en vue de l'entreprise des marchés de fournitures de matériaux. La Cour a estimé que le premier de ces faits ne pouvait être interprété comme un acte d'exécution de l'entreprise, et que le second n'était que la manifestation d'espoirs de prévisions personnelles.

Cette décision a été confirmée par bien d'autres (12), qui toutes ont admis les mêmes principes quant à la rémunération de l'entrepreneur de construction, pour les travaux préparatoires à l'entreprise.

On explique en général cette différence de traitement entre les architectes et les entrepreneurs de construction, par la différence de

(10) Civ. 1re, 2 février 1965, J.C.P. 1965.II.14089, dans le même sens : Civ., 17 décembre 1964, G.P. 1965.I.263, R.T.D.C. 1965, p. 639, obs. Cornu ; Civ., 21 janvier 1963, G.P. 1963.I.133.

(11) G.P. 1912.2.210. Cet arrêt semble être la décision de principe de la jurisprudence judiciaire. Mais il ne faisait que suivre un arrêt du Conseil d'Etat du 28 février 1902, D. 1903.3.59.

(12) Voir la jurisprudence citée par Hilsenrad, p. 130 et spécialement Colmar, 5 décembre 1928, Rev. Jur. d'Alsace-Lorraine, 1929.364.

conception entre les deux métiers (13). L'architecte, nous l'avons vu, lorsqu'il dresse des plans, est un entrepreneur de travaux intellectuels, le but de son entreprise est l'établissement même des plans, et il doit être rémunéré de leur confection puisque celle-ci est l'exécution d'un contrat d'entreprise (14). Mais si l'architecte exerce une profession libérale (15), et peut, pour l'exercer, se borner à dresser des plans, « l'entrepreneur, quelles que soient ses qualités et capacités artistiques, est un commerçant dont le but est la conclusion d'une opération commerciale, c'est-à-dire du marché pour lequel il fait des actes de préparation d'une façon accessoire espérant obtenir la commande » (16). Si grande d'ailleurs, se trouve être l'opposition entre les deux professions (17) que le code des devoirs professionnels des architectes, voté par le Congrès général des Architectes en 1895, fait nettement la distinction entre ces deux activités, disposant dans son article 2 que « cette profession (l'architecture) est incompatible avec celle d'entrepreneur » et dans son article 21 que « l'architecte qui se fait entrepreneur perd sa qualité d'architecte » (18).

Dans une telle construction (19) la décision du tribunal civil de Versailles apparaît donc comme hérétique, encore qu'elle ait été suivie de quelques autres (20). Pourtant, avant de prononcer un jugement définitif, l'interprète doit se demander si ce mode particulier de formation du contrat d'entreprise qu'est l'adjudication n'a pas des conséquences particulières.

§ 2. — L'adjudication.

L'adjudication est une technique que le droit public a parfaitement définie. C'est donc à cette discipline que nous en demanderons

(13) Cf. Hilsenrad, Thèse précitée, p. 131 ; Minvielle, Thèse précité, p. 5.

(14) Cf. *supra.*

(15) Cf. loi du 31 décembre 1940 organisant la profession d'architecte.

(16) Hilsenrad, Thèse précitée, p. 132.

(17) M. Hilsenrad n'hésite pas à écrire : « si l'architecte est l'homme de confiance du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur qui spécule sur l'affaire est au contraire son adversaire », Thèse précitée, p. 132.

(18) L'idée se trouve dans l'article 3 de la loi du 31 décembre 1940 et dans l'article 1er du décret du 24 septembre 1941.

(19) Cf. La motivation de la Cour de Colmar, arrêt du 5 décembre 1928, précité, « Attendu que les plans et devis ne sont que les accessoires de l'offre, destinés à mettre en pleine lumière les avantages de celle-ci, que les frais qu'ils peuvent occasionner tombent dans les frais généraux que toute maison de commerce et industrie est obligée de supporter pour arriver à triompher de ses concurrents ».

(20) Cf. Paris, 15 janvier 1905, D. 1905.2.71 et les décisions citées par Hilsenrad, Thèse précitée, p. 138 (entre autres, C.E., 10 juillet 1903, D. 1904.5.689).

l'analyse, et ensuite nous préciserons ce qu'elle peut avoir d'original en droit privé (21).

A. — L'adjudication en droit administratif.

Nous allons emprunter ici, à M. de Laubadère, un passage par lequel l'éminent auteur éclaire la position de l'administration prise en tant que contractant. « Des considérations diverses, écrit-il, s'opposent en la matière, en particulier les deux suivantes : l'intérêt financier de l'Etat est que le marché soit conclu aux conditions les plus économiques, et par conséquent de l'attribuer au cocontractant éventuel le moins exigeant; cet objectif est atteint le plus pleinement avec la procédure de l'adjudication; au contraire, l'intérêt administratif de l'Etat est que le marché soit confié à celui qui est le plus apte et le plus habile à l'exécuter, et par conséquent que l'administration ait le maximum de liberté dans le choix du cocontractant; ce résultat est réalisé au mieux avec la procédure du marché de gré à gré » (22). L'adjudication (23), en effet, réalise par l'ouverture d'un concours entre les candidats éventuels au marché, l'attribution automatique de celui-ci au candidat qui consent à le prendre au plus bas prix, alors que le marché de gré à gré (24) se caractérise par l'absence d'automatisme dans son attribution, bien que l'administration soit tenue d'assurer là aussi une publicité préalable et une certaine concurrence (25). On comprend alors que l'adjudication soit le principe, et le marché de gré à gré l'exception.

L'adjudication — « destinée à choisir par une formule de sélection le cocontractant dont les offres seront les plus intéressantes pour l'administration » (26) — repose sur le double principe de la concurrence et de l'égalité entre concurrents; ceci explique qu'une certaine publicité soit nécessaire pour garantir la seconde et susciter la première : les candidats éventuels seront informés de l'ouverture de l'adjudication et pourront prendre connaissance des conditions générales — essentiellement la mise à prix (27) — contenues dans le

(21) L'adjudication est une technique générale de passation des marchés : aussi bien des marchés de travaux publics que des ventes des biens de l'Etat. Nous devons préciser un point tout de suite : c'est sur l'adjudication des marchés de travaux publics que nous raisonnerons. Les développements qui vont suivre n'auraient en effet aucun sens si on les appliquait à la vente...

(22) de Laubadère, « Traité élémentaire de droit administratif », 2e éd., n° 775.

(23) Qu'elle se présente sous la forme d'une adjudication publique ouverte, ou sous celle de l'adjudication restreinte.

(24) Marchés sur appels d'offres ou marchés par entente directe.

(25) Cf. de Laubadère, *op. cit.*, n° 770.

(26) de Laubadère, *op. cit.*, n° 775.

(27) C'est-à-dire l'indication par l'administration du chiffre qu'elle offre à l'adjudicataire pour le marché.

cahier des charges (28). Les candidats à l'adjudication vont alors faire des « soumissions », c'est-à-dire des propositions contenant l'indication du prix pour lequel le candidat accepte éventuellement le marché (29). L'effet juridique de la soumission est très important : elle lie le soumissionnaire en réalisant son engagement (30).

Il faut noter que le principe d'égalité se trouve être tempéré par l'existence de causes possibles d'exclusion de l'adjudication qui sont fixées par le cahier des charges (31). Cette possibilité pour l'administration d'écarter certains soumissionnaires de l'adjudication est encore plus étendue dans l'hypothèse de l'adjudication restreinte : en effet, l'administration arrête discrétionnairement à l'avance la liste des candidats qu'elle admet à soumissionner. Malgré ces précautions, le principe de l'attribution automatique sur lequel repose l'adjudication risque tout de même d'imposer à l'administration un cocontractant dont elle peut ne pas vouloir. Aussi la décision d'adjudication a-t-elle des effets limités : en effet, si est obligatoirement proclamé adjudicataire le soumissionnaire dont la proposition est la plus favorable à l'administration, il ne faut pas en conclure que le contrat est formé à compter de la décision d'adjudication. Celle-ci a un double effet : d'une part elle empêche l'administration de conclure le contrat avec un autre que l'adjudicataire, et d'autre part le procès-verbal d'adjudication, dressé après la proclamation et signé de l'adjudicataire, constitue le texte définitif du marché. Mais le contrat n'est définitivement formé qu'à compter de l'approbation de l'adjudication (32). Contrepartie de l'automatisme, l'approbation permet à l'administration, non de choisir son cocontractant, mais du moins d'éviter de subir un indésirable : c'est elle qui réalise l'engagement de l'administration et qui entraîne la conclusion du marché.

B. — L'adjudication en droit privé et le jugement du tribunal de Versailles.

De même qu'en droit administratif, l'adjudication est de pratique courante en droit privé. Pourtant les textes sont muets, les

(28) M. de Laubadère, *op. cit.*, n^{os} 790 et s., définit le cahier des charges d'un contrat administratif : « l'ensemble des documents écrits qui déterminent les conditions du contrat ».

(29) « Lorsque l'administration a fait une mise à prix, la proposition du soumissionnaire consiste dans le rabais qu'il déclare consentir par rapport à cette mise à prix », de Laubadère, *op. cit.*, n° 778.

(30) de Laubadère, *eod. loc.*

(31) Nous avons déjà rencontré un semblable tempérament au principe de l'égalité devant le service public lorsque nous avons étudié les rapports de cette notion avec le problème du refus de contracter.

(32) L'approbation de l'adjudication est donnée par le ministre pour les marchés de l'Etat, et par le préfet ou le sous-préfet pour les marchés des communes.

auteurs guère loquaces. Les plus longs développements sont consacrés à la vente aux enchères, et l'on peut presque dire que l'adjudication de travaux n'est autre que la technique de la vente — avec le formalisme en moins — transposée au contrat d'entreprise (33).

En ce qui concerne la passation des marchés de travaux, il est certain qu'en droit privé comme en droit public, deux idées s'opposent : d'une part celle de la conclusion du marché aux conditions les plus économiques, d'autre part celle de sa conclusion avec le professionnel le plus habile à l'exécuter. Seulement, le particulier qui est seul juge de son intérêt financier, seul juge de l'aptitude du professionnel, ne sera pas enserré, comme l'est la personne morale de droit public, dans des règles protectrices préétablies, et il trouvera sa protection le plus souvent dans des négociations secrètes dominées par l'autonomie de la volonté. Toutefois il se peut qu'il veuille susciter une certaine concurrence et que, de même que l'on recherche la protection de l'intérêt du mineur par la vente aux enchères, il propose au plus offrant — on est tenté d'écrire au moins prenant — l'entreprise des travaux qu'il veut effectuer (34). Différentes possibilités s'offriront à lui, dont il est difficile de donner une liste exhaustive puisqu'elles ont les mêmes limites que l'autonomie de la volonté. On peut cependant s'inspirer de la technique administrative ; deux points semblent capitaux : d'une part l'étendue de la publicité faite par le maître de l'ouvrage et d'autre part le cahier des charges.

Il faut donc, d'abord, définir l'étendue de la publicité faite, car elle détermine le nombre de concurrents. On pourra aussi bien procéder par la voie d'offres au public (35), c'est-à-dire d'une manière impersonnelle, très proche de l'adjudication « ouverte » du droit administratif, que déterminer à l'avance ceux des professionnels que l'on aimerait voir concourir à l'adjudication et ne faire connaître qu'à eux seuls l'existence de celle-ci. Cette dernière technique — voisine de l'adjudication « restreinte » du droit public — est plus conforme à l'esprit du droit privé et à la pratique des affaires.

Ensuite il faudra établir le cahier des charges. Ce serait sans doute une erreur que de s'attendre à trouver ici un document aussi complexe et aussi complet que ceux que connaît le droit administratif,

(33) Cf. *supra*, note 21, p. 184.

(34) Nous n'envisageons ici que l'intérêt financier, puisque c'était celui qui était en jeu dans l'espèce que jugea le Tribunal civil de Versailles le 1er juin 1894. Mais le maître de l'ouvrage peut poursuivre un autre but et ouvrir un concours sur la conception technique et artistique des travaux à exécuter.

(35) Il faut remarquer que l'offre au public ou à personne indéterminée n'est pas exclusive d'une limitation *qualitative* du public : s'il est procédé à une publicité telle que l'on fait connaître qu'il sera procédé à l'adjudication de travaux d'électricité, il est bien évident qu'une telle offre ne s'adresse pas à une entreprise de peinture ni à des marchands de grains...

ou même la vente d'immeuble aux enchères publiques. Certes, ce peut être un document très précis, et se présentant indépendamment de la publicité, lorsque celle-ci est faite à personne indéterminée, mais il semble que lorsque l'on a trié par avance les gens que l'on souhaite voir concourir, il puisse ne faire qu'un avec elle et se présenter sous la forme d'une simple lettre missive (36).

L'offre de concours ayant été faite et les conditions du marché portées à la connaissance des candidats, le maître est-il libre de ne pas tenir compte des résultats du concours, ou doit-il au contraire s'y conformer strictement ? Il n'est pas possible en fait de répondre par avance à une telle question et seules les dispositions du cahier des charges peuvent donner une solution. En principe, quand il y a concours sur le prix, le maître s'engage à confier les travaux à l'entrepreneur qui consentira les plus forts rabais en acceptant le cahier des charges, et en fournissant les garanties prévues. Mais il est possible, la personnalité de l'entrepreneur n'étant pas indifférente pour l'exécution des travaux, de stipuler que le maître demeurera libre de ne pas traiter sur le résultat des soumissions. On peut penser qu'il y aura en général concordance entre cette seconde possibilité et l'offre de concours faite à personne indéterminée, et entre l'automatisme de la première et l'offre de concours faite à des candidats sélectionnés à l'avance; mais cela n'est pas obligatoire, et rien sans doute ne s'opposerait à ce que l'on fasse une offre de concours à des personnes déterminées à l'avance en spécifiant que le résultat du concours ne liera point (37). Enfin, on notera que, lorsqu'un concours est établi ainsi entre différents entrepreneurs pour l'adjudication de travaux, qu'il leur est demandé d'indiquer, sous pli cacheté, le prix auquel ils peuvent faire les travaux et que le maître ne s'est pas réservé la possibilité de ne pas être lié par les résultats du concours, c'est que de toute évidence, on a l'intention de s'en tenir au « prix fait ». Le contrat se trouve donc formé sur la base d'une part du cahier des charges, et d'autre part de la soumission la plus basse. Ce qui entraîne l'application des règles du marché à forfait, ou à prix fait, et non celle du marché sur devis qui ne comporte que de simples prévisions de prix.

Donc, on doit déduire de tout ce qui précède que l'ouverture d'un concours sur le prix équivaut de la part du maître à l'engagement de confier les travaux à l'entrepreneur qui consentira le plus fort rabais (38) et qui acceptera le cahier des charges. Un tel résultat ne pourrait être évité que par des réserves expresses insérées dans le cahier des charges.

(36) Cf. Paris, 15 janvier 1904, D. 1904.2.71.
(37) Mais encore faudra-t-il le préciser.
(38) Ou s'il n'y a pas mise à prix, consentira le prix le plus bas.

Un arrêt de la Cour de Paris du 15 janvier 1904 (39) illustre assez bien notre démonstration.

Un architecte, agissant comme mandataire d'un de ses clients, avait adressé à plusieurs entrepreneurs de plomberie, la lettre suivante : « Si vous désirez concourir à l'adjudication des travaux de couverture pour le compte de M. Jodot, 68, rue Saint-Lazare, veuillez passer à mon bureau demain, de 10 heures à midi. Il n'y aura pas d'adjudication publique, vous n'aurez qu'à me remettre votre prix sous pli cacheté et je le ferai parvenir avec ceux de vos concurrents à mon client ». Le prix le plus bas fut proposé par un sieur Israël; comme le maître de l'ouvrage ne voulut point lui confier les travaux, il l'assigna en dommages-intérêts.

Le tribunal civil (40) débouta l'entrepreneur de sa prétention. Certes, il retint en principe « qu'il est constant que lorsqu'un propriétaire a pris l'engagement vis-à-vis d'entrepreneurs de travaux de concéder à celui d'entre eux qui offrirait par voie de soumission le prix le plus réduit pour l'exécution des travaux mis en adjudication, il a par le fait même, contracté au regard de celui des entrepreneurs qui remplit les conditions prévues, un engagement dont il ne peut se délier qu'en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise ». Mais une fois cette solution de principe posée, le tribunal déduisit des faits de l'espèce, que Jodot maître de l'ouvrage avait entendu conserver sa liberté de choix. Deux raisons gouvernaient cette solution : d'une part l'absence de formalisme de l'adjudication, et d'autre part, — ce qui est une technique d'interprétation spécieuse — la lettre par laquelle l'architecte faisait connaître à l'entrepreneur le résultat de l'adjudication.

La cour d'appel réforma cette décision en termes extrêmement nets. La lettre de l'architecte constituait « une pollicitation de marché à forfait »; de ses termes résultait « à l'évidence que, dans la commune intention des parties, Jodot s'obligeait à charger des travaux celui des entrepreneurs admis au concours qui soumissionnerait au prix le plus bas ». La Cour concluait donc que Jodot était lié par un contrat formé au moment de la soumission sous pli cacheté, car « ni le maître de l'ouvrage, ni le mandataire n'ont inséré dans l'offre du marché une clause leur réservant le droit de ne pas traiter avec celui des concurrents qui l'emporterait »; et, « d'ailleurs, il n'y avait pas lieu de stipuler une réserve de cette nature, le concours n'étant pas ouvert à tous, mais aux seuls entrepreneurs choisis par le mandataire de Jodot ». En conséquence de cette analyse, le maître de

(39) D. 1904.2.72.
(40) Tribunal civil de la Seine, 28 mars 1903, *eod. loc.*

l'affaire devait, pour se délier des liens du contrat, satisfaire aux exigences de l'article 1794, et indemniser l'entrepreneur non seulement des dépenses déjà faites, mais encore de ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

La parenté est d'évidence entre cet arrêt de la Cour de Paris et le jugement du tribunal civil de Versailles qui a servi de point de départ à nos explications.

Nous avons dit, en effet, que dans cette dernière espèce, le maître de l'ouvrage avait annoncé l'adjudication et établi un cahier des charges; puisque, au dernier moment, il avait fixé à un niveau très bas le prix maximum de façon à favoriser un entrepreneur avec qui il avait de toute évidence traité.

Il est totalement inexact à notre avis de faire appel à une responsabilité pour rupture de pourparlers, et de poser le problème sur le terrain de la formation du contrat. Ici, comme nous avons eu l'occasion de le constater en de nombreuses hypothèses, la question se place sur le terrain de l'exécution du contrat. En effet, que le maître de l'ouvrage ait fixé au dernier moment le prix, ou qu'il ait rabaissé celui-ci (41), importe peu. Ce qui compte, c'est la modification qu'il a apporté à son offre à un moment où cela ne lui était plus possible. Il semble en effet qu'une telle offre doive être considérée comme fixée définitivement au plus tard lorsque les entrepreneurs en ont pris connaissance, et plus certainement sans doute, au moment même de son émission. Car une offre de ce genre comporte toujours la fixation d'un délai, et il est de doctrine et de jurisprudence constantes que l'offrant est lié par le délai qu'il s'est imposé (42). En tout cas, on peut considérer, au minimum, que la prise de connaissance, par les demandeurs, du dossier de l'adjudication, faisait d'eux les créanciers du propriétaire quant à son obligation de maintenir l'offre de concours, dans les termes où il l'avait émise jusqu'au jour de l'adjudication. Toute modification apportée à cette offre était donc inopposable aux demandeurs.

De deux choses l'une, en effet. Ou bien la soumission du demandeur proposait un prix supérieur à celui offert par l'entrepreneur qui en fait exécuta les travaux; celui-ci était donc déclaré adjudicataire et le demandeur n'avait rien à demander; mais on comprend mal pourquoi le propriétaire se serait livré à la comédie à laquelle il s'est livré. Ou bien, alors, c'est le demandeur qui aurait dû être adjudicataire et le procès devait se dérouler sur le terrain de l'article 1794 du Code civil.

(41) Les termes du jugement sont assez peu nets.

(42) Esmein, T. VI de Planiol et Ripert, n° 134 ; Marty et Raynaud, T. II, n° 102. D'aucuns soutiennent même qu'elle serait transmissible aux héritiers, Esmein, *op. cit.*, n° 140.

Il faut donc rendre au jugement du tribunal de Versailles la portée qu'il a : celle d'une décision qui n'a pas su tirer des circonstances de fait les conséquences de droit qu'elles appelaient, et se résoudre à admettre que cette décision ne consacre en rien une responsabilité pour rupture de pourparlers.

Ces constatations permettent d'ailleurs de compléter les conclusions dégagées lors de l'étude de la formation immédiate du contrat. Il n'existe pas, disions-nous (ou presque), de refus de contracter : il n'existe que des réserves assortissant une offre de contrat, le seul problème étant leur licéité. Le facteur temps ne change rien à l'affaire : il ne fait pas naître de cas de refus de contracter fautif, car il n'existe pas de retrait abusif de l'offre.

En effet, il est classique et juste de dire que toute offre non assortie d'un délai et non acceptée reste à la discrétion de son auteur, celui-ci n'engageant pas sa responsabilité s'il la modifie ou la retire. Mais il serait totalement inexact de dire que le retrait de l'offre acceptée, ou assortie d'un délai, entraîne pour le retrayant, une responsabilité particulière naissant d'un retrait abusif de l'offre. L'offre acceptée, en effet, ne peut plus être retirée : elle est devenue le contrat et le retrait de l'offre s'analyse alors en un refus d'exécuter le contrat. Quant à l'offre assortie d'un délai, la solution est la même : l'acceptation de l'offre en cours de délai transforme celle-ci en contrat. Or, le maintien du délai est une obligation à la charge de l'offrant dont l'acceptant est le créancier. Donc, la modification ou le retrait de l'offre en cours de délai, violation de cette obligation, ne peut être opposée à l'acceptant dont la volonté pleinement efficace transforme l'offre en contrat. En cas de mauvaise volonté de l'offrant, l'action est alors celle qui naît de l'inexécution de la convention.

Section II

L'ARTICLE 1592 DU CODE CIVIL ET LES POURPARLERS

Si une personne cherche à traiter une affaire au meilleur prix possible, nous avons vu qu'elle peut recourir à l'adjudication. Mais si deux contractants recherchent non pas « le bon prix », mais « le juste prix », ils peuvent, pour éviter toute contestation sur ce point, alors que l'accord s'est réalisé sur tous les autres éléments de la convention, s'en remettre à l'appréciation d'un tiers. C'est ce que prévoit, pour la vente, le Code civil. Après avoir disposé, en son article 1591, que, « le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties », il ajoute dans son article 1592 : « Il peut être cepen-

dant laissé à l'arbitrage d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point vente. »

Il n'y a guère de problème lorsque, comme cela arrive le plus souvent, le tiers est nommé dans la convention : s'il ne fixe pas le prix — qu'il ne le peuve ou qu'il ne le veuille — il n'y a point de vente et les choses restent en état (43).

La solution est moins évidente par contre, lorsque les parties ont dans la convention remis la nomination de l'expert à plus tard et que l'une d'entre elles refuse de participer à cette désignation. Une telle attitude est-elle génératrice de responsabilité ? Et dans l'affirmative sur quelle base ? On a voulu y voir un cas de rupture des pourparlers, et plus spécialement une hypothèse de la violation d'une convention organisant ceux-ci (44). Cette théorie s'appuyant sur deux arrêts, l'un rendu par la Cour d'Orléans (45), l'autre par la Cour de Dijon (46) (§ 1, Les données du problème), notre recherche tendra à démontrer que, ni les faits, ni les solutions de droit données par ces espèces ne permettent une telle conclusion (§ 2, Discussion).

§ 1. — Les données du problème.

Les faits tranchés par la Cour d'Orléans étaient les suivants : la duchesse de Bauffremont avait reçu, en octobre 1881, d'un certain M. Cuvier, l'avance de la somme de dix mille francs, remboursable immédiatement par livraison de bestiaux appartenant à la duchesse, suivant l'estimation que ferait un tiers. Dans le courant du même mois, le même Cuvier vendit à la même duchesse des bestiaux qu'il lui livra immédiatement — la chose est d'importance — et dont le prix était encore laissé à l'appréciation du même expert. Mais la grande dame avait, apparemment, fait sien le mot d'Alexandre Dumas fils et estimait sans doute que « les affaires, c'est tout simplement l'argent des autres »; aussi, non seulement elle ne livra pas les bestiaux, objet du premier marché, mais encore elle s'opposa à ce que fut faite l'estimation des bestiaux, objet du second marché, et de surcroît, voulut d'autant moins les restituer à son partenaire qu'elle en avait aliéné une partie. M. Cuvier se décida alors à plaider.

Les faits à l'occasion desquels fut rendu l'arrêt de Dijon étaient plus simples. Un certain Grosjean, horloger à Beaune, avait cédé, par une convention intervenue par correspondance, le fonds qu'il exploi-

(43) Hamel, T. X, de Planiol et Ripert, n° 39.
(44) Coherier, Thèse précitée.
(45) Orléans, 13 mars 1884, « Cuvier contre Duchesse de Bauffremont », S. 1886.I.1.
(46) Dijon, 15 février 1893, « Grosjean contre Tissier », S. 1894.II.144.

tait, à un nommé Tissier. Le prix devait être fixé par un expert, chargé d'apprécier la valeur des marchandises en magasin. L'acheteur avait alors liquidé son propre fonds de commerce et fait toute une série de frais. Grosjean refusa alors de participer à la nomination de l'expert. L'acquéreur s'estimant lésé l'assigna donc en payement de dommages-intérêts.

On le voit, dans les deux espèces citées, les faits sont semblables et conformes au problème posé au début de cette section : après qu'il eut été décidé que le prix serait fixé par un expert, l'un des partenaires au contrat fait obstacle à cette fixation, soit en se refusant à concourir à la nomination de l'expert, soit en faisant obstacle à sa mission.

Il est tout d'abord certain, nous l'avons vu, que la convention par laquelle des partenaires à une vente s'entendent pour laisser l'appréciation du prix à un tiers est valable. Ainsi en décide formellement l'article 1592, mais cette disposition était sans doute superflue, de même d'ailleurs que la deuxième partie de l'article 1592 selon laquelle « si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point vente ». On aurait préféré, à voir les hésitations de la jurisprudence, que le Code tranchât la question de savoir si celui qui met obstacle à la nomination du tiers encourt une quelconque responsabilité...

Une première jurisprudence commença par réclamer l'irresponsabilité de celui qui refuse ainsi de désigner cet expert. Tel est le sens de deux arrêts, l'un de la Cour de Bordeaux (47), l'autre de la Cour de Dijon (48). Pour l'une comme pour l'autre de ces juridictions la nullité de la convention d'une part, le fait que le refusant ait « fait usage d'un droit rigoureux » (49) d'autre part, s'opposaient à ce que la responsabilité du refusant soit retenue.

Cette jurisprudence peut paraître injuste. Le raisonnement est certainement faux. Mais il faut noter que, dans ces deux espèces, les demandeurs ne semblaient subir d'autre préjudice que celui résultant de l'inexécution du contrat de vente qui ne s'était pas formé, et en équité, réparation pouvait sembler ne pas s'imposer.

Différentes sont les espèces que nous discutons ici. Dans l'une, le demandeur avait aliéné son propre fonds, dans l'autre, il avait déjà livré la chose, objet du contrat, et non seulement on se refusait à la lui restituer mais encore on en avait aliéné une partie... Ne pas retenir la responsabilité du refusant eût alors été parfaitement inique,

(47) 6 février 1878, S. 1878.2.287 réformant un jugement contraire au Tribunal civil de Cognac du 26 janvier 1877, rapporté au même recueil.

(48) 15 décembre 1882, S. 1882.2.238 statuant par adoption des motifs d'un jugement du Tribunal civil d'Autun du 15 mars 1881 rapporté à la même place.

(49) Termes de l'arrêt de la Cour de Bordeaux

car le préjudice était nettement différent de la non-exécution du contrat de vente. Mais quelle devait être la nature de la responsabilité à retenir ? Serait-elle contractuelle ou délictuelle ?

La Cour d'Orléans (50) opta pour la responsabilité délictuelle. Mais à dire vrai l'arrêt n'est en rien convaincant. La duchesse de Bauffremont, défenderesse, était mariée sous le régime dotal. Or, on sait que les biens dotaux sont, en principe, insaisissables et qu'en particulier ils ne répondent point des fautes contractuelles de la femme. Inversement (51) il est de solution traditionnelle que « l'affectation dotale de biens ne saurait avoir pour conséquence de permettre à la femme mariée de commettre impunément des actes délictueux » (52). Or la Cour venait dans la même affaire d'admettre que la défenderesse était irresponsable sur ses biens dotaux de l'inexécution par elle du premier contrat conclu avec le même sieur Cuvier (53). Les magistrats, obnubilés sans doute par l'idée qu'en retenant une responsabilité contractuelle ils auraient consacré et laissé impunie une étonnante mauvaise foi, ne virent le salut qu'en une responsabilité délictuelle. Les faits se prêtaient à merveille à une telle interprétation, puisque le sieur Cuvier avait déjà remis les bestiaux qui faisaient l'objet du contrat. A quel titre ? Ce ne pouvait être l'exécution de l'obligation de délivrance puisque l'expert n'avait pu exécuter sa mission. On admit donc que c'était à titre de dépôt. Or, on sait que celui qui détourne l'objet remis en dépôt — et c'était le cas puisqu'il y avait eu aliénation — commet le délit d'abus de confiance (54). La Cour d'Orléans concluait donc que l'ensemble des faits relevés — aussi bien les entraves apportées à la mission de l'expert que le détournement des bestiaux — « constituent à la charge de la duchesse de Bauffremont non des fautes contractuelles mais, en dehors de toute convention, des délits ou quasi-délits caractérisés; qu'en conséquence le principe de l'inaliénabilité de la dot doit fléchir... ».

L'arrêt de Dijon n'est pas tellement plus convaincant, il faut bien l'avouer. Il reprend d'abord l'argumentation de la jurisprudence hostile à une réparation quelconque. Certes, dit-il en substance, le prix peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers, mais si ce tiers n'est pas désigné par l'une des parties, le contrat de vente manque de l'un de ses éléments « en effet le tribunal n'ayant pas qualité pour le choisir lui-même en cas de désaccord, il dépend dans ces conditions de

(50) 13 mars 1884, précité.

(51) Cf. Planiol et Ripert, T. IX par Boulanger, n° 1488.

(52) *Eod. loc.*

(53) Il s'agissait, rappelons le, d'un contrat de prêt.

(54) Article 408 du Code pénal, cf. sur ce point, Savatier, T. XI de Planiol et Ripert, n° 1177.

chacun des contractants d'empêcher la détermination du prix en refusant systématiquement d'accepter l'expert qui lui serait proposé »; or une « pareille obligation est nulle comme renfermant une condition purement potestative... »; donc on ne peut demander de dommages-intérêts ni pour l'inexécution de la vente qui est nulle, ni à raison de ce que le défendeur n'a pas rempli l'obligation par lui contractée « de s'accorder sur le choix d'un expert, puisque c'est la nullité de cette obligation même qui vicie le contrat intervenu ».

A ce point du raisonnement, il n'y a plus qu'un seul moyen pour indemniser le demandeur : l'utilisation de l'article 1382 toujours possible « lorsque l'une des parties justifie d'un dommage qui résulte pour elle de l'erreur dans laquelle elle a été induite par la faute ou la mauvaise foi de l'autre partie ». Or, « dans l'espèce, Tissier trompé par les assurances que lui avait données Grosjean, s'était cru à bon droit autorisé à liquider son fonds de commerce, à annoncer son départ par la voie de la publicité et à prendre ses dispositions à cet effet ». Donc, « s'il y a lieu de lui refuser toute indemnité à titre de compensation des avantages qu'aurait pu procurer l'acquisition du fonds de commerce de Grosjean, il serait d'autre part contraire à l'équité de lui faire supporter le préjudice résultant pour lui de ce qu'il a cru à la parole de celui-ci, et s'est fié à tort à son honnêteté ».

§ 2. — Discussion.

Le délit commis par la défenderesse en détournant le dépôt dont elle avait la garde, trouble l'analyse de l'arrêt d'Orléans. Par contre, l'arrêt de Dijon fait réellement apparaître la confusion qui interdit d'admettre sa conclusion.

Cette dernière décision pose en principe que la désignation de l'expert, lorsqu'elle n'est pas contemporaine de l'acte, est une condition purement potestative de la convention, puisque le tribunal n'a pas qualité pour le choisir lui-même et que, dans ces conditions, chacun des contractants peut empêcher la détermination du prix. Cette affirmation revient à ajouter au texte légal une exigence que rien ne justifie logiquement. Rien n'oblige, en vérité, les contractants à déterminer dans le même acte et les « conditions » de la vente — prix en moins bien entendu — et le ou les tiers chargés de l'évaluation. Rien ne les y oblige parce que, justement, la désignation des tiers n'est pas une condition de la vente au sens strict du terme. On serait tenté d'écrire qu'il s'agit là d'une modalité de la vente si on ne se heurtait ici aussi à une pauvreté de langage. Disons, simplement, qu'il s'agit d'une variante de la vente, d'une vente par

l'intermédiaire de mandataire (55) et que la convention validée par l'article 1592 s'analyse en vérité en une double convention : d'une part la vente proprement dite, dans laquelle la fixation du prix est laissée à des mandataires et qui ne prendra vie qu'une fois cette fixation faite, d'autre part, la nomination de ces mandataires. Si donc la nomination du (ou des) mandataire n'est pas faite dans la convention, l'obligation résultant de la promesse de le nommer ou de participer à sa nomination s'analyse alors en une obligation de faire. Donc ne pas nommer ce mandataire, ou refuser de participer à sa nomination n'est pas, comme semblent le penser les Cours de Bordeaux (56) ou de Dijon (57) l'exercice d'un droit : c'est au contraire bel et bien la violation d'une obligation contractuelle. On notera d'ailleurs que si les tribunaux se refusent toujours — à moins qu'ils n'en tiennent le pouvoir de la convention (58) — à nommer l'expert à la place du récalcitrant, tenant ainsi la convention pour nulle (59), du moins n'hésitent-ils pas à condamner sous astreinte le récalcitrant à effectuer cette nomination (60).

Si nous appliquons une telle analyse à l'affaire « Grosjean contre Tissier », nous nous apercevons que le nommé Grosjean en refusant de participer à la nomination de l'expert a manqué à l'obligation qu'il avait contractée. Il aurait donc dû être condamné, selon les principes généraux, à indemniser Tissier du dommage direct qu'il lui faisait subir, c'est-à-dire non pas de la non-réalisation de la vente — ce serait ajouter au texte — mais de l'aliénation par lui faite, sur le fondement de la convention passée, de son propre fonds de commerce.

Quant à l'affaire de Bauffremont, il n'était pas impossible de la résoudre selon les mêmes principes. Labbé avait souligné que l'on ne pouvait rejeter dans une espèce de ce genre l'analyse contractuelle.

« Nous devons, écrivait-il, renoncer à un argument spécieux, mais « non décisif, invoqué par la Cour d'Orléans. Les bestiaux étaient « vendus moyennant un prix à fixer d'après l'estimation d'un tiers. « Le tiers n'a pu faire l'estimation. La vente ne s'est pas réalisée. « Il n'y a pas eu, dit la Cour, de contrat noué entre les parties, il « n'y a pas eu violation de contrat : le fait de la part de la femme

(55) Sur la nature juridique de la mission confiée à ces tiers, voir HAMEL, T. X de PLANIOL et RIPERT, n° 37.

(56) 6 février 1878, D. 1879.2.38, précité.

(57) 15 décembre 1882, S. 1882.2.238 ; 15 février 1893, S. 1894.2.144, précités.

(58) Cf. HAMEL, *op. cit.*, n° 39.

(59) Civ., 25 avril 1952, D. 1952.635, cf. aussi Civ., 23 février 1959, Bull. 1959.I.94.

(60) Paris, 1er mars 1951, D. 1951.315.

« dotale, d'avoir vendu une partie des bêtes amenées dans son « domaine, constitue un pur délit, dont la réparation ne doit pas « rencontrer d'obstacle dans le régime dotal.

« Le raisonnement ne nous semble pas exact. La Cour le détruit « elle-même, en disant que les bestiaux étaient dans les mains de la « duchesse ou de ses gens, pour son compte ou à titre de dépôt. Il « n'y a pas eu vente conclue, mais il y eut dépôt en vue d'une « vente projetée. C'est toujours un contrat résultant d'un accord de « volontés » (61).

Cette analyse est exacte mais ne va pas au fond des choses. Ici, comme dans l'espèce Grosjean contre Tissier, il aurait fallu admettre que c'est une obligation contractuelle à la charge des parties que de nommer l'expert, et selon l'article 1134, que cette obligation doit s'exécuter de bonne foi. Or, ne peut-on retenir que c'est manquer à la bonne foi que d'empêcher l'expert d'accomplir sa mission (62) ?

Mais, objectera-t-on, quel est l'intérêt d'une telle analyse ? A la supposer exacte, en effet, de toute façon l'obligation de participer à la nomination du tiers expert ne sera jamais une obligation de résultat, mais tout simplement une obligation de moyens, obligation de diligence, très voisine de celle qui pourrait exister sur la base de l'article 1382...

L'objection ne tient pas. La meilleure preuve en est la jurisprudence primitive qui refusait de retenir la responsabilité, refusant de voir une obligation quelconque à la charge du récalcitrant.

En vérité, l'obligation contractuelle présente un très grand avantage : elle lie le juge. Tandis qu'une obligation générale de prudence et diligence quoique l'on puisse dire, c'est une notion vague, très vague. Cette analyse offre un second intérêt, capital à nos yeux : dès lors que l'on admet se trouver en présence d'une obligation contractuelle précise, bien définie, résultant d'une convention marquant la fin des négociations, le recours au tiers étant la preuve que l'on ne veut plus discuter sur le prix, mais qu'on se rapporte à l'avis d'un tiers, qui fera la loi des parties, il ne peut plus être question de pourparlers.

Ainsi tombe un argument en faveur d'une responsabilité découlant de pourparlers : lorsque deux personnes sont convenues de passer un contrat à un prix fixé par un tiers, le fait pour l'un des par-

(61) Note au S. 1886.I.1.

(62) Nous ne croyons pas qu'une telle solution eût conduit à l'impunité. En effet, même en retenant l'analyse faite par Labbé, il n'en reste pas moins que l'inexécution du contrat de dépôt par le détournement de l'objet est un délit au sens pénal du terme, ce qui permettait très certainement l'exécution sur les biens dotaux (sur la finalité de l'insaisissabilité des biens dotaux, cf. Boulanger, T. IX de Planiol et Ripert, n°s 1457 et s., spécialement à partir du n° 1488).

tenaires de se refuser à la nomination de ce tiers, et d'empêcher ainsi la formation du contrat projeté, n'entraîne pas sa responsabilité sur la base d'une rupture de pourparlers, mais sur celle de l'inexécution d'une obligation de faire (63).

On peut alors se demander quelle est la nature du contrat liant les deux partenaires, aussi longtemps que le tiers expert ne s'est pas prononcé ? Le chapitre suivant permettra peut-être de donner une réponse à cette question.

(63) Cette façon de voir les choses trouve sa confirmation dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 24 novembre 1965 (G.P. 1966.I.83, J.C.P. 1966.14602, note Gaury, R.T.D.C. 1966, p. 310, obs. Cornu) : « En déclarant que « si lorsqu'il est convenu que le prix sera évalué par les experts désignés par les parties, la vente n'existe pas, tant que la détermination du prix n'est pas faite, la convention parfaitement licite, par laquelle les parties se sont obligées à désigner leurs experts n'en doit pas moins produire ses effets », et que l'inexécution d'une telle obligation se résout en dommages-intérêts, la cour d'appel a fait une juste application de l'article 1142 du Code civil ». En ce qui concerne la démarche des partisans d'une responsabilité délictuelle pour rupture de pourparlers — position qui semble bien condamnée par l'arrêt du 24 novembre 1965 — il faut en souligner l'hésitation : c'est ainsi que M. Coherier, après avoir analysé l'obligation de nommer un expert comme une obligation contractuelle, voit dans la violation de cette obligation un cas de rupture des pourparlers, cf. COHERIER, Thèse précitée, p. 157.

CHAPITRE II

La technique de l'interprétation des contrats et les pourparlers.

En approfondissant l'analyse de la formation du contrat essentiellement sous son aspect technique, certains auteurs ont été conduits à se demander s'il existe, chez nous, une pratique que les juristes d'Outre-Rhin ont appelé « punctation ». L'idée est que le contrat se forme assez souvent par étapes, au moyen d'accords successifs, et que ceux-ci peuvent être consignés par écrit. C'est l'écrit qui constate cet accord embryonnaire qui est la punctation. Elle n'est pas le contrat. Elle n'est pas non plus la promesse de contrat. Elle semble échapper à nos cadres habituels, et l'on peut même douter de son existence.

Nous rechercherons, dans une première section, s'il existe en droit français une notion de punctation, et utiliserons, dans une deuxième section, les résultats de cette analyse pour tenter de résoudre les problèmes posés pour certaines techniques de formation du contrat.

Section I

LA NOTION DE PUNCTATION ET LE DROIT FRANÇAIS

Nous commencerons par dégager les principes législatifs et doctrinaux (§ I) avant de rechercher quelle est la position de la jurisprudence (§ II).

§ 1. — Les principes.

A. — Le Code civil Prussien disposait : « Une punctation contresignée par les deux parties, d'où résulte leur accord réciproque sur toutes les conditions essentielles de l'affaire, a même valeur qu'un contrat formel » (1) ; et il ajoutait : « Mais s'il manque à la punctation des déterminations essentielles ou si les parties s'y sont expressément réservé la discussion de certaines conditions accessoires, la punctation ne doit être considérée que comme une tractation ». De même le Code saxon (2) : « Le contrat est conclu lorsque les parties ont exprimé leurs volontés concordantes sur les points de l'affaire en question, qui d'après la loi ou leur volonté sont essentiels ». Et le même Code ajoute plus loin (3) : « Dans le cas de rédaction écrite provisoire des points essentiels d'un contrat qui doit être plus tard conclu à nouveau dans une forme déterminée, ou punctation, il faut admettre, si cette punctation n'est pas une simple rédaction écrite de négociations préparatoires, mais constitue une entente sur les points essentiels du contrat, qu'elle contient déjà en elle-même et pour elle-même un contrat obligatoire et que les points accessoires restés indéterminés, doivent être déterminés lorsque le contrat sera refait dans la forme prévue. Si aucun accord sur ces points accessoires ne se produit, ils doivent être fixés d'après les prescriptions légales sur la nature de l'affaire en question et si la loi est muette, d'après une appréciation judiciaire ».

On voit donc — malgré une certaine hésitation dans la rédaction de l'article 827 du Code saxon (4) — que, pour ces législations, l'accord sur les points essentiels d'une convention constitue déjà le contrat que les parties sont tenues de compléter. « Si elles n'y parviennent pas, le juge les départagera en se conformant aux règles légales sur les affaires de cette nature, ou à défaut, en tachant de dégager les intentions qu'elles avaient en rédigeant la punctation. Mais il n'en sera ainsi que si tous les points essentiels du contrat ont été réglés et si les parties n'ont pas expréssément réservé certains points, même secondaires : cette réserve devrait, en effet, être considérée comme un refus de tenir provisoirement pour définitives les propositions arrêtées jusque là » (5).

(1) 3e Partie, Titre V, § 120.
(2) Article 783.
(3) Article 827.
(4) Cf. Leduc, « Des avants-contrats », Thèse, Paris, 1909, p. 67.
(5) Leduc, *op. cit.*, p. 68.

Ces dispositions n'ont plus cours en Allemagne (6) aujourd'hui car devant les problèmes qu'elles soulevaient, l'article 154 du B.G.B. a disposé : « Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les points d'un contrat qui, ne fût-ce que d'après les déclarations de l'une seulement d'entre elles, devaient être objet de convention, le contrat dans le doute n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à les lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet par écrit ».

B. — Qu'en est-il en Droit français ? « Notre Code, écrit M. Leduc (7), si pauvre de dispositions pour tout ce qui concerne la conclusion des contrats, n'a pas prévu la question (8)... » et, il ajoute plus loin que le principe de l'article 1157 du Code civil pourrait peut-être servir d'argument d'analogie en faveur de la force obligatoire de la punctation. « Quand il s'agit, écrit-il, non plus de l'interprétation mais de la formation des contrats, ne faut-il pas considérer un écrit statuant sur les points essentiels d'un contrat plutôt comme produisant des effets, que comme n'en produisant pas, c'est-à-dire y voir déjà le contrat que le juge aura au besoin à développer en l'interprétant, plutôt que la prolongation des négociations verbales et purement préparatoires (9)... »

MM. Esmein (10) et Carbonnier (11) ajoutent que si l'on ne trouve pas dans notre législation de texte accordant formellement au juge le pouvoir de compléter les contrats imparfaits, du moins l'article 1135 fournit-il un fondement légal à son intervention.

En un mot, le problème de la punctation est, en droit français, un problème d'interprétation des conventions : il ne s'agirait pas tant de savoir s'il y a ou non une convention, mais, en considérant qu'il y a effectivement un accord sur certains points, de savoir si cet accord reflète bien la pensée des parties et si l'on peut en déduire que, pour des clauses secondaires, elles auraient aussi donné leur accord (12). L'entreprise est délicate, puisque le juge est dominé par le respect de la volonté des parties. Or n'est-ce point la violenter que d'y ajouter ? On sait que si telle est la théorie, la pratique judiciaire est

(6) Il n'en est pas ainsi en Suisse où l'article 2 du Code fédéral des obligations dispose : « Si les parties se sont mises d'accord sur les points essentiels, elles sont présumées avoir entendu s'obliger définitivement, encore qu'elles aient réservé certains points secondaires. A défaut d'accord sur ces points secondaires le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. »

(7) Qui est l'auteur qui a consacré à la question les plus longs développements.

(8) LEDUC, *op. cit.*, p. 65.

(9) LEDUC, *op. cit.*, p. 73.

(10) T. VI de PLANIOL et RIPERT, n° 130.

(11) N. au J.C.P. 1958, n° 10868 sous Cass. soc., 24 mars 1958.

(12) Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu chez nous de se demander si l'accord sur certains points doit être rédigé par écrit.

quelque peu différente. Dans un domaine où l'on ne discutait pas le contrat, mais simplement son étendue (13) — le domaine de l'obligation de sécurité — la jurisprudence n'a pas hésité à faire découler du contrat des obligations que les parties n'avaient certainement pas prévues, et pour lesquelles donc, il n'y avait pu avoir accord; et l'on est en présence d'un phénomène identique lorsque le juge trouve dans les obligations du notaire, vis-à-vis de ses clients, une obligation de conseil, ou lorsque sous couleur d'interprétation, la jurisprudence a « redressé » certains contrats (14).

§ 2. — La jurisprudence.

La jurisprudence n'hésite donc pas à compléter certains contrats ayant déjà produit certains effets — il faut souligner la chose — et à leur en faire produire d'autres que n'avaient pas envisagés les parties.

Or, répétons-le, en matière de punctation le problème n'est pas différent, à cette nuance près qu'il n'y a pas eu déjà exécution, et que, lorsque l'une des parties demande l'exécution de ce qu'elle dit être le contrat, on lui oppose qu'il n'y a pas de contrat, car il n'y a pas accord complet.

La jurisprudence a eu à se prononcer sur des phénomènes de cet ordre, et il est certain qu'elle y a vu des conventions alors que pour l'une des parties il n'en était absolument pas question (15).

Deux arrêts de la Cour de cassation sont particulièrement remarquables.

La première décision (16) tranchait le litige opposant des sociétés commerciales à un de leurs voyageurs, le sieur Laveau. Réorganisant leurs services commerciaux, elles l'avaient congédié courant avril 1928. La lettre de congédiement précisait à l'employé que « sa collaboration devait se terminer le 31 juillet 1928 sur les bases actuelles »,

(13) Et il y a là en fait moins qu'une nuance : car se demander si le contrat couvre ou non telle hypothèse c'est tout simplement se demander si dans telle hypothèse il y a contrat.

(14) Entre autres, Lyon, 31 juillet 1943, G.P. 1943.2.119 (approuvé par Req. 6 février 1945, G.P. 1945.I.116) qui remplace un indice formellement exprimé dans le contrat qui était le taux d'intérêt des Bons du Trésor, par l'indice du coût de la vie qu'elle estimait plus conforme à l'intention des parties.

(15) Pour être exact, il vaudrait mieux écrire que le défendeur à l'instance s'est refusé à exécuter la prestation à laquelle le demandeur prétendait avoir droit et opposait à cette prétention qu'il n'avait point eu l'intention de se lier. Mais c'est là un moyen de défense. Quelle était exactement l'intention à l'origine du litige, c'est au juge qu'il appartenait de répondre à cette question.

(16) Req. 10 octobre 1931, D.H. 1931.540, « Société Valisère et autres contre Laveau », cité par Coherier, Thèse précitée, p. 163.

mais, « qu'il serait convoqué au mois de mai à Paris, où de nouvelles propositions lui seraient faites ». A la fin du mois d'avril, le voyageur accepta le congé et demanda quelles étaient ces nouvelles propositions; ne recevant pas de réponse il réitéra sa demande. Ce n'est qu'à la fin du mois de juillet que les sociétés lui firent les propositions promises pour le mois de mai, ne lui offrant qu'une situation très diminuée.

Le voyageur assigna alors les sociétés en dommages-intérêts : elles furent condamnées pour le double motif qu'elles avaient d'une part « manqué à l'engagement qu'elles avaient pris de soumettre à Laveau leurs nouvelles propositions pendant le mois de mai », et d'autre part, « par des manœuvres blâmables... causé un préjudice à Laveau » (17).

Une chose est tout d'abord à noter : l'arrêt de la Cour de cassation qui valida la sentence du Conseil de Prud'hommes, ne consacrait pas une promesse d'embauchage, qui diffère nettement de l'engagement pris par les sociétés défenderesses. Il suffit pour s'en convaincre de comparer la décision présentement en cause, à une décision plus ancienne de la Cour de cassation (18) : six ouvriers avaient interrompu leur travail (19) pour attirer l'attention de la nouvelle direction de leur société, et pour ce fait avaient été congédiés; puis, malgré la promesse formelle d'un des représentants de la société, ils n'avaient pas été réembauchés; la Cour suprême avait admis que la société « avait violé son engagement de reprendre les six ouvriers » et que c'était à bon droit qu'elle avait été condamnée à payer une indemnité de « non-embauche »; donc l'arrêt « Valisère contre Laveau » ne consacrait pas une promesse d'embauchage; un arrêt plus récent de la Chambre sociale nous donne un élément de comparaison (20) et, par là, de solution.

En décembre 1940, un employé des Usines Renault avait quitté son emploi; la libération intervenue, il demandait en 1944 sa réintégration dans son poste et reçut, en janvier 1945 la réponse que voici : « Bien que nous désirions vous donner satisfaction, nous avons répondu à votre demande faisant état des titres que vous avez acquis dans la Résistance, que la marche actuelle de nos usines et l'organisation de nos services déjà très chargés devant une production encore faible, ne nous permettent pas de vous donner, pour l'instant, une réponse favorable ». Un tiers étant intervenu en faveur du sollicitant reçut alors, au mois de mai 1945, la lettre suivante (21) : « Après

(17) Ces constatations justifiant légalement la décision, le pourvoi fut rejeté.

(18) Civ. 16 novembre 1927, D.P. 1928.I.33, N. Rouast.

(19) Ils ne s'étaient pas mis en grève... En 1927 la nuance est de taille, puisque à l'époque, la grève rompt le contrat de travail.

(20) Soc. 24 mars 1958, J.C.P. 1958.10868, N. Carbonnier.

(21) Dans sa note au J.C.P. 1958, M. Carbonnier analyse le rôle du tiers qui avait reçu la 2e lettre : « Sans évoquer une stipulation pour autrui à laquelle on pourrait faire l'objection que le stipulant n'avait ici qu'un intérêt moral à l'exé-

un nouvel examen de la question, je puis vous indiquer que nos intentions à l'égard de M. Marchal n'ont pas changé et que, dès que la reprise de l'activité automobile le permettra, nous examinerons à nouveau la possibilité de le réintégrer dans l'entreprise. » Jusqu'en 1951, M. Marchal ne se manifesta pas; mais à cette date il rappela sa demande et subit une nouvelle fin de non-recevoir. Il saisit donc le Tribunal civil de la Seine qui jugea « que la Régie nationale des usines Renault avait pris l'engagement de réintégrer Marchal dès que, par suite du redressement de la situation économique, le poste correspondant aux anciennes fonctions de Marchal aurait été rétabli ». La Cour de cassation n'admit pas une telle façon de voir. Pour elle, il n'y avait pas de la part de la Régie « d'engagement ferme de réintégrer Marchal »; en statuant ainsi, le jugement avait « dénaturé le sens de clauses claires et précises selon lesquelles la Régie désireuse de donner satisfaction à la demande de Marchal examinerait, selon la prospérité de l'évolution de la situation de l'entrepreprise, la possibilité de le réintégrer, ce qui ne constituerait qu'un accord de principe ».

M. le Doyen Carbonnier a longuement analysé cette décision, le sens et la portée qu'il faut lui donner, et nous ne pouvons que faire nôtre ses conclusions. Un contrat était né, cela est incontestable. Seul un contrat a des « clauses », seul il peut être « dénaturé ». Mais il se limitait au principe de l'embauchage. « Sur tout le reste, et notamment sur la date de l'embauche effective, les volontés ne s'étaient pas rencontrées : il n'y avait pas d'accord, pas de contrat. Mais qui veut le principe doit vouloir les conséquences, sinon il se délie du principe; qui accepte d'embaucher, accepte d'avance que son acceptation soit mise en œuvre par les précisions qu'il y faut, sinon, il n'est plus tenu à rien. Autrement dit, si nous supposons — ce qui est de droit — qu'en parlant d'un accord de principe, la Cour suprême a donné à la notion une valeur juridique, nous devons admettre que l'accord de principe contenait un engagement implicite de coopérer à faire passer le principe en acte : soit en s'efforçant de conclure à l'amiable un accord complémentaire, soit à défaut d'y réussir, en se soumettant à l'arbitrage équitable des juges, expressément organisé par l'article 1135 » (22).

Tout ceci s'applique à merveille à l'arrêt de 1931 (23). Là aussi, seul le principe de réembauchage était acquis : les « conditions nou-

cution de la promesse, il faut reconnaître que, soit comme mandataire ou gérant d'affaires, soit comme nuntius, intermédiaire purement matériel, le tiers intervenant avait qualité pour recevoir une déclaration de volonté destinée à l'employé. »

(22) CARBONNIER, note précitée.

(23) M. CARBONNIER souligne à la fin de sa note la parenté entre les deux décisions.

velles » n'étaient point déterminées, puisque par définition on devait les soumettre à Laveau, mais il faut admettre que ces conditions devaient être en rapport avec la situation précédemment occupée par Laveau; faute de quoi le Tribunal était en droit d'admettre qu'il y avait une violation de l'accord de principe né de l'échange des correspondances entre les partenaires. Pourtant il ne semble pas que ce soit sur ce terrain que les juges se soient placés (24). Certes, ils ont retenu que, au moment de la signification du congé de Laveau, les employeurs lui avaient promis de lui soumettre à une certaine date de nouvelles propositions (ce qui constitue l'accord de principe dégagé par l'arrêt de 1958), et que celles-ci n'étaient venues qu'après maints rappels, et s'étaient trouvées très inférieures à celles que Laveau était en droit d'attendre (ce qui constitue la violation dudit accord de principe). Mais il semblent avoir été autant impressionnés par le fait que les propositions n'étaient pas venues à la date fixée, et par les « manœuvres blâmables » des sociétés, que par le fait que les propositions n'étaient point ce qu'elles auraient dû être. Et la sanction qu'ils infligent à une signification aperçue par M. Coherier lorsqu'il écrivait « l'employé n'avait accepté ce congé... qu'en considération de l'engagement formel de l'entreprise » : il s'agit de la sanction de manœuvres blâmables dans le licenciement du voyageur, au moins autant que celle de la violation d'un engagement.

On peut penser à l'utilisation de « l'accord de principe » pour sanctionner ce genre d'agissement, aussi bien en matière de licenciement où l'on fait des promesses qui n'ont d'autres buts que de « dorer la pilule » au licencié, qu'en matière d'embauchage. « Il ne serait pas mauvais que fût sanctionnée la légèreté trop fréquente des bureaucraties qui, même sans intention de nuire, s'entendent si bien à endormir les postulants par des promesses en l'air » (25).

(24) On aurait presque tendance à penser qu'ils ont voulu aller plus loin.

(25) Carbonnier, note précitée. N'est-ce pas aussi à cette notion d'accord de principe qu'il faudrait rattacher le problème soulevé par l'affaire « La Voix du Nord » (Trib. Gde Inst. Lille, 11 juillet 1961, J.C.P. 1961.12711, N. Esmein, R.T.D.C. 1962, p. 642, obs. Tunc, Douai, 28 juin 1963, inédit) ?

Sous l'occupation allemande, le réseau de résistance « La Voix du Nord » avait publié clandestinement un journal. A la libération, ce réseau avait reçu l'autorisation de continuer sa publication, et se vit attribuer une imprimerie. Les membres du réseau constituèrent alors pour l'exploitation de la publication, une société en commandite. En 1960 un certain nombre de personnes prétendirent avoir fait partie du réseau en question et avoir été tenue à l'écart de la formation de la société. Le Tribunal de Lille débouta les demandeurs aux termes d'une motivation assez complexe et quelque peu sujette à caution (cf. les observations de MM. Esmein et Tunc). En appel, la Cour de Douai reçut l'action des demandeurs.

Entre les deux décisions, le décalage est assez net, le Tribunal de Lille admettant la possibilité d'un refus de contracter abusif, la Cour de Douai se fondant sur la notion de faute d'omission. Les motifs de chacune des décisions sont

Mais nous croyons aussi que cet « accord de principe » pourrait servir à expliquer certains contrats, ou plutôt certaines techniques de formation du contrat définies par le Code civil.

Section II

LA NOTION D'ACCORD DE PRINCIPE ET CERTAINES TECHNIQUES DE FORMATION DU CONTRAT

Nous avons dit, commençant ce chapitre, que le Code civil ne définit en rien la punctation, ou, pour être plus conforme à ce que

particulièrement nets. « Attendu cependant, dit le Tribunal, que le droit de ne pas contracter est comme tout droit susceptible d'abus, qu'un tel abus ne peut toutefois, pour le motif ci-dessus énoncé, être constitué par la simple violation du devoir moral d'agir alors que ce devoir est contraire à une faculté d'abstention formellement reconnue par le droit positif; qu'il ne saurait consister, en l'hypothèse, que dans la volonté délibérément démontrée des auteurs de cette violation de faire tort à autrui sans profit pour eux-mêmes. » Réserve faite (cf. les observations précitées de MM. Esmein et Tunc) de ce « devoir moral d'agir », on retrouve ici la position classique en matière de « refus de contracter » : il est fautif parce qu'il constitue un abus. Pour la cour de Douai, au contraire, le problème ne se pose pas sur ce terrain. Pour elle « il n'est pas douteux que le journal actuel est la propriété de ses fondateurs, c'est-à-dire de l'ancien réseau de résistance « La Voix du Nord ». D'ailleurs « la Société a toujours proclamé ce principe et annoncé qu'elle réservait ses actions aux membres du réseau ou à leurs ayants droit, et aux déportés au fur et à mesure de leur retour ». Partant de là elle déduit que « les membres du réseau ont le droit moral et matériel d'y participer » et donc « que la société avait l'obligation de rechercher d'une manière efficace les anciens résistants... et de ne pas admettre d'actionnaires dépourvus de titres de résistance ». Et c'est parce que d'une part « des non-résistants figurent au nombre des actionnaires » et que d'autre part, et surtout « la Sté J. Houcke et Cie qui avait l'obligation de rechercher ne s'est pas acquittée de cette obligation » que doit peser sur elle l'obligation de réparer dans les termes de l'article 1382 du Code civil.

Il est bien certain que la solution à laquelle le Tribunal de Lille se serait rattaché pour condamner la Société défenderesse, s'il avait cru devoir le faire, est à rejeter (cf. *supra*, II[e] Partie, T. I, « Le refus de contracter et la formation immédiate du contrat »). Il est certain aussi que la solution retenue par la cour de Douai — et qui fut très certainement influencée par les observations autorisées des commentateurs du jugement — est meilleure. Est-ce la meilleure ? ce n'est pas certain. Cette faute d'omission en effet que l'on reproche à la Société défenderesse ce n'est pas une faute d'omission quelconque. La situation est très certainement différente de celle du fameux arrêt Branly (Civ. 27-2-1951, D. 1951.329, N. Desbois, J.C.P. 1951.26193, N. Mihura-Carbonnier, « Le silence et la gloire », D. 1951, ch. 119). Ici « le devoir moral et matériel », pour reprendre l'expression de l'arrêt de Douai, naissait d'une situation très particulière (l'existence du réseau de résistance) qui avait uni toutes les parties au procès. Aussi, sans aller jusqu'à dire qu'il existait entre les membres du réseau un pacte en bonne et due forme, un contrat complètement élaboré, on peut tout de même penser qu'ils étaient liés par un accord de principe du même type que celui qui liait la Régie Renault au sieur Marchal.

nous venons de dégager, l'accord de principe. Mais que le Code n'ait pas défini une technique est une chose, et qu'il ne l'ait pas utilisée en est une autre.

Notre but, ici, sera de démontrer que certaines techniques définies par le Code sont des applications de la notion d'accord de principe (§ I), et ensuite que la jurisprudence a fait application de cette notion à des hypothèses que le Code n'avait pas envisagées (§ II).

§ 1. — De la vente à l'essai et au goûter.

On sait que le Code civil, après avoir défini la vente en général, contient deux articles qui ont soulevé en la matière une controverse, les articles 1587 et 1588. Celui-ci dispose que « la vente à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive » alors que, nous dit l'article 1587, « à l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ».

« Il n'y a point de vente... », mais qu'y a-t-il alors ?

Classiquement les auteurs voient dans cette vente une vente conditionnelle, faite sous la condition suspensive de l'agrément. Condition potestative certes, mais « étant potestative pour l'acquéreur, créancier de la chose, le contrat est valable » (26). Trois séries de critiques (27) ont été adressées à cette analyse. On a dit, d'une part, que faire de la vente à la dégustation, une vente sous condition suspensive, est contraire à l'article 1587 du Code civil — selon lequel il n'y a point de vente — et constitue une assimilation de la vente à la dégustation, à la vente à l'essai, alors que le Code les a distinguées. On a remarqué, d'autre part, que l'on ne saurait qualifier de modalité du contrat le consentement de l'acheteur qui est un élément essentiel à la formation de la vente. On a observé enfin, que, même si l'on peut parler de condition, cette condition est purement potestative de la part de l'acheteur et transforme donc la vente en une promesse unilatérale de vente; le fait que l'acheteur soit obligé de déguster ne change rien à cette analyse (28) : le bénéficiaire d'une promesse est également obligé d'exercer son option.

Le problème, à notre sens, mérite d'être revu en prenant pour point de départ la situation de l'acquéreur après la dégustation (29). Toute la question est alors de savoir si un refus peut être arbitraire.

(26) Ripert, Durand et Roblot, T. II, n° 2266.

(27) Malaurie, V° Vente commerciale *in* Encyclopédie Dalloz, n°s 5 et 6 et surtout le n° 7.

(28) *Contra* cf. Hamel, T. X, de Planiol et Ripert, n° 303, p. 378, n° 2.

(29) A laquelle il est tenu de procéder. Malaurie, *loc. cit.*, n° 42 ; Larguier, « Formation du contrat de vente », *in* « Vente commerciale », par Hamel, p. 80.

On l'a soutenu (30), et une jurisprudence ancienne l'a admis (31). Cette opinion semble pourtant quelque peu excessive, et les auteurs sont en général d'accord, aujourd'hui, pour reconnaître que l'acquéreur n'a pas ce droit arbitraire.

Certains limitent ce droit au moyen de la théorie de l'abus du droit (32). « Ce n'est pas à dire, écrit M. Larguier (33), que le droit d'agrément soit absolument arbitraire, car l'admettre conduirait à ruiner la sécurité du commerce. Le tribunal pourra donc, éventuellement, déclarer que l'acheteur a abusé de son droit d'agrément, en tenant compte d'éléments tels que la destination des marchandises et contraindre l'acheteur à agréer les choses objet de la vente ». Il y a là, pensons-nous, une contradiction : car la notion d'agrément, par ce qu'elle comporte de libre adhésion, ne peut être soumise à contrainte, et il nous semble aussi choquant de dire que l'on est contraint à agréer, que de dire que l'on est contraint de contracter. La contrainte, exclusive du consentement, l'est aussi de l'agrément. Il ne peut y avoir d'« agrément » par contrainte, ou bien ne parlons pas d'agrément.

Or, inversement, on a admis que, dans la vente à l'essai, l'on doive dénier à l'acquéreur le pouvoir arbitraire de déclarer la chose non conforme à ses désirs. Ainsi, « lorsque la décision dépend de qualités objectives de la chose — vitesse de rotation d'une machine par exemple — le vendeur pourra alors démontrer que l'essai a été satisfaisant et contraindre l'acheteur à donner son consentement » (34). Au contraire on reconnaîtra à l'acquéreur ce pouvoir discrétionnaire « lorsque la décision dépend essentiellement d'une appréciation personnelle : œuvre d'art telle que enregistrement musical, animaux tels que chien de chasse ou cheval de course » (35).

Ainsi donc entre ces deux sortes de vente il n'y aurait que peu de différence.

Cela est sans doute vrai. Partons des définitions de chacun de ces verbes « essayer » et « goûter ». « Essayer », c'est « faire l'expérience d'une chose pour savoir si elle a les qualités requises ». « Goûter »,

(30) Cf. Baudry-Lacantinerie et Sagnat, « Traité de la vente », n° 159, parce que l'acheteur a un droit absolu d'appréciation. « C'est son goût personnel, et exclusivement son goût qui lui fera accepter ou refuser la chose soumise à sa dégustation. Peu importe que cette chose ait toutes les qualités que l'on recherche habituellement : elle peut ne pas convenir à l'acheteur qui est le seul appréciateur et qui au moment de la dégustation est libre encore d'acheter », cf. aussi Josserand dans le même sens, « Droit civil », 3e éd., n° 1065.

(31) Req. 5 décembre 1842, S. 1843.I.89.

(32) Cf. Ripert, Durand et Roblot, *loc. cit.* Larguier, « Formation du contrat de vente » *in* « Vente commerciale » par Hamel, p. 80.

(33) *Op. cit.*

(34) Larguier, *op. cit.*, p. 74.

(35) Larguier, *op. cit.*, p. 75, citant Le Havre, 18 octobre 1924, G.P. 1924.2.555.

c'est « apprécier les saveurs par le sens du goût ». Si l'on admet — et il semble difficile de faire autrement — que la saveur d'une chose peut faire partie de ses qualités, il devient évident que la différence entre les deux opérations n'est donc pas tant dans leur but que dans la façon de procéder, et cela en raison de la nature de la chose (36). Dans un cas, on va peser, mesurer les qualités, par rapport à des critères objectifs et surtout palpables. Dans l'autre, l'opération semblera plus primitive, mais sans doute parce que les appareils de mesure que sont les sens sont plus primitifs que ceux que l'homme construit, et aussi parce que les critères semblent beaucoup moins perceptibles à de tierces personnes, que ceux qui permettent de juger un essai. Il n'est pas difficile de prouver la puissance d'une machine, comment établir le bouquet ou le moelleux d'un vin ?...

On peut se demander tout de même s'il n'existe pas des repères d'une certaine constance. L'annotateur de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 décembre 1842 (37) a fait valoir que dans la mesure où le commerçant achète pour revendre, et non pour son usage personnel, son propre goût est indifférent, il suffirait du « goût général » et de la qualité « loyale et marchande » de la marchandise.

M. Larguier (38) critique cette façon de voir : le goût est chose éminemment personnelle, et « parce que le commerçant achète pour revendre, le besoin de satisfaire ses clients se traduit par la nécessité de n'acheter que si la marchandise est de nature, selon lui, à répondre à leurs désirs : le commerçant n'acquerra sa réputation et ne conservera sa clientèle qu'à cette condition ».

Cette considération détermine à notre avis des conséquences diamétralement opposées : il faut en effet considérer que le goût n'est peut-être pas tellement chose personnelle (39) et surtout que nous possèdons là un terme de comparaison, les goûts de la clientèle. Le goût du marchand trouvera donc sa mesure dans les goûts de sa clientèle, et c'est par rapport à ceux-ci, par rapport à ce que le marchand a pour habitude de vendre — et donc d'acheter — que l'on jugera de sa dégustation.

(36) On notera d'ailleurs que LITTRÉ donne parmi les sens possibles du verbe « essayer », le sens suivant : « Déguster. Essayer du vin ».

(37) S. 1843.I.88, précité.

(38) *Op. cit.*, p. 79.

(39) J. SWIFT écrivait en juillet 1727 à son traducteur français l'Abbé DESFONTAINES : « Nous sommes porté à croire que le bon goût est le même partout où il y a des gens d'esprit et de savoir. Si donc les livres du sieur Gulliver ne sont calculés que pour les Isles Britanniques, ce voyageur doit passer pour un très pitoyable écrivain. Les mêmes vices et les mêmes folies règnent partout du moins dans les pays civilisés de l'Europe, et l'auteur qui n'écrit que pour une ville, une province, un royaume, où même un siècle, mérite si peu d'être traduit qu'il ne mérite pas d'être lu. »

Quelle différence existe-t-il alors, entre la vente à l'essai et la vente à la dégustation, si dans l'un et dans l'autre cas on peut contraindre l'acquéreur à l'appréciation de la chose et si l'on peut condamner et réformer son jugement ? Et s'il n'y a point de différence, pourquoi alors dans un cas dire qu'il n'y a « point de vente » et parler dans l'autre de vente sous condition suspensive ?

Nous sommes enclin à penser que la différence entre ces deux techniques est beaucoup plus apparente que réelle.

Il est certain que, dans l'un comme dans l'autre cas, il existe deux séries d'opérations. Tout d'abord il y a détermination de la chose et du prix. Ensuite il y a essai ou dégustation. Si l'on retient à la lettre les définitions du Code civil, il faut penser que, dans le cas de la vente à l'essai, l'opération primitive détermine en même temps l'objet de l'essai et l'objet du contrat, alors que, dans la vente au goûter, l'opération première ne détermine que l'objet de l'épreuve, la dégustation indiquant quel sera l'objet du contrat. Il faudrait penser que, dans la vente à l'essai, la chose est immédiatement déterminée et le contrat formé sous la seule condition suspensive de la réussite de l'essai, alors que dans la vente au goûter la formation du contrat est renvoyée à la détermination de la chose, c'est-à-dire à la dégustation. Il y aurait donc un temps d'avance dans le mécanisme de la vente à l'essai : la chose serait déterminée plus tôt que dans la vente à la dégustation. Ceci, en vérité, tient plus à la nature des biens qui font l'objet de ces techniques contractuelles qu'à ces techniques elles-mêmes : en principe, en effet, ce sont sur des corps certains que portent les ventes à l'essai, alors que les ventes au goûter portent sur des choses de genre. Mais on connaît la flexibilité de cette distinction et la facilité avec laquelle on peut faire passer un bien d'une catégorie à l'autre : « entre libraires les exemplaires d'une même édition sont des biens fongibles; aux yeux des bibliophiles ils pourraient n'être point interchangeables s'ils sont différemment numérotés, si l'un d'eux a appartenu à un grand homme » (40). En définitive, dans la vente à l'essai comme dans la vente à la dégustation, la deuxième opération présente le même aspect : elle permet de déterminer si, oui ou non, la chose objet de l'épreuve répond aux intentions de l'acquéreur et peut devenir l'objet du contrat. Ce n'est qu'accessoirement, somme toute, qu'elle se présente comme le moyen d'individualiser des choses de genre parmi d'autres pareilles.

Mais, nous l'avons dit, cette épreuve ne peut pas être arbitraire; le juge a parfois son mot à dire. On explique traditionnellement cette intervention par l'existence d'une condition dans la vente à l'essai.

(40) Carbonnier, T. II, p. 57.
(41) Carbonnier, T. II, n° 146.

On sait, en effet, que dans l'obligation conditionnelle il existe un « germe de créance ». Mais, en matière de vente à la dégustation, comment expliquer l'intervention du juge alors qu'il n'y a « point de vente », et qu'il serait inexact de parler d'une promesse de vente qui porterait sur une chose indéterminée ? Une notion permet, pensons-nous, de donner une réponse satisfaisante à cette question : la notion d'accord de principe. Les parties voulant le principe, en veulent les conséquences logiques. Le principe en la matière — et ceci est aussi valable pour la vente à l'essai que pour la vente à la dégustation — c'est la vente d'une certaine chose, à un certain prix, quitte ensuite à vérifier la conformité des qualités de la chose aux intentions de l'acheteur. Les conséquences logiques du principe, ce sont aussi bien, la fourniture d'une chose aussi parfaite que possible par le vendeur, que l'objectivité, l'impartialité de l'acquéreur au moment de l'épreuve. On ne s'étonnera donc pas, que pour faire respecter ce « genre de créance » le juge ait le droit d'intervenir.

Il faut noter que, ce qui est vrai de la détermination de la chose objet du contrat, est vrai de la détermination du prix. On ne peut manquer de remarquer la similitude des termes entre les articles 1587 et 1592, pour lesquels il n'y a point de vente tant que le tiers expert n'a pas déterminé le prix. Pourtant, et malgré cette absence de vente, nous avons découvert à la charge des parties des obligations contractuelles n'ayant rien à voir avec des « pourparlers ». Le contrat qui lie les parties est, semble-t-il, du même type que celui qui peut les lier dans les hypothèses des articles 1587 et 1588 : un accord de principe. Les parties qui sont d'accord sur le principe de la vente, s'en remettent à un tiers pour en déterminer le prix. Voulant le principe elles en veulent les conséquences logiques : ce qui explique et la sanction des manœuvres ayant pour but d'empêcher le tiers expert d'accomplir sa mission et celle du refus de participer à la nomination de ce tiers expert.

§ 2. — Autre application de la notion d'accord de principe.

Ce serait une erreur de penser que seul le contrat de vente peut se voir appliquer les techniques des articles 1592, et 1588, et 1587. Rien n'empêche en effet, de les appliquer à d'autres contrats, et l'on associe intellectuellement très facilement, la notion de contrat de travail à l'essai, à celle de contrat de vente à l'essai. Cette association pourtant correspond plus à un jeu de l'esprit qu'à une réalité. Il faut remarquer, en effet, qu'il est d'abord très difficile d'assimiler le contrat de travail à d'autres contrats en général, et à la vente en par-

ticulier (42). Il faut, ensuite, noter que l'analyse classiquement faite du contrat de travail à l'essai est à l'opposé de celle faite à propos de la vente à l'essai. On voit dans celle-ci, rappelons-le, une vente sous condition suspensive, alors qu'on voit dans le contrat de travail à l'essai, un contrat conclu sous condition résolutoire (43). Il y a là, une différence fondamentale dans les intentions des parties, qui ne voient pas dans le contrat de travail à l'essai un simple accord de principe, mais bien un contrat de travail définitif, avec cette seule — mais importante — particularité d'une libre résiliation toujours possible (44).

Si le contrat de travail à l'essai diffère suffisamment de la vente à l'essai pour qu'il ne soit point question d'un accord de principe, tel n'est peut-être pas le cas pour d'autres techniques de formation du contrat de travail. On peut ainsi se demander s'il n'existe pas « un louage de services au goûter ». Un arrêt de la Cour de Paris (45) pourrait du moins le faire croire.

En novembre 1955, une société de production cinématographique, avait engagé pour tourner un film en 1957, une vedette, M. Curd Jurgens. Conformément aux usages du cinéma, l'accord fut constaté par une lettre du producteur contresignée par l'acteur (4). « Le sujet sera choisi d'un commun accord entre nous, avant le 30 novembre 1956. Le metteur en scène sera également choisi d'un commun accord entre nous, avant le 30 novembre 1956. Si, à cette date du 30 novembre 1956, après dix sujets proposés par nous, et dix sujets proposés par vous, nous n'arrivons pas à nous mettre d'accord sur le choix de l'un d'eux, le présent contrat sera résilié purement et simplement. Par contre, le sujet et le metteur en scène ayant été choisis et arrêtés d'un commun accord, la première continuité de quarante à cinquante pages devra être soumise à votre approbation avant le 15 janvier 1957. Le

(42) Cf. DURAND, « Droit du Travail », T. II, n°° 128 et s. Si nous ne craignions de sembler irrévérencieux, nous dirions qu'au fond, le seul contrat dont on peut rapprocher le contrat de travail, c'est le mariage. Encore faut-il se rappeler d'une part qu'il n'est pas sûr du tout que le mariage soit un contrat, et d'autre part qu'en Droit français il n'existe pas de mariage à l'essai...

(43) Cf. DURAND, T. II, n° 161.

(44) On a conclu — cf. Cass. soc., 5 janvier 1945, Dr. Soc. 1946, p. 36, N. CARBONNIER — de cette libre résiliation toujours possible que l'employeur peut mettre fin à l'essai pour raison d'incompatibilité politique entre son employé et lui. Il s'agissait en l'espèce d'un « employé supérieur » et « l'essai dans ce genre d'emploi porte autant sur l'homme que sur le technicien » (cf. CARBONNIER, note précitée) ; pourtant nous ne croyons pas pour toutes les raisons que nous avons exposées lorsque nous avons étudié le refus d'embauchage que cette décision puisse être approuvée (cf. *supra*, 1re partie, Titre Ier, Chapitre II).

(45) Paris, 20 mai 1961, D. 1961.569, N. LYON-CAEN.

(46) Sur cette pratique voir les très intéressants exemples de conventions donnés par MM. LYON-CAEN et LAVIGNE dans leur « Traité théorique et pratique du droit du cinéma », Paris 1957.

scénario dialogué vous sera remis quatre semaines avant le début du tournage. Vos deux principaux partenaires seront choisis d'un commun accord entre nous et le metteur en scène. Le présent engagement prendra effet entre le 10 et le 20 juin 1957, pour un durée de dix semaines consécutives, chaque semaine étant de six jours ouvrables... ».

Cet accord fut complété par une lettre du 1er juin 1956 — elle aussi contresignée par l'acteur — d'où il ressortait que l'accord s'était fait sur le sujet, le réalisateur, le scénariste, et aussi sur deux points importants : d'une part, le scénario serait conçu de telle façon que le rôle de l'acteur ressortirait comme le premier et le principal rôle du film, d'autre part, le metteur en scène ferait le découpage technique, mais ne pourrait apporter aucune modification au scénario sans l'accord de l'acteur.

Les choses se compliquèrent alors, car les continuités élaborées par le scénariste n'ayant plu à aucune des deux parties, elles choisirent alors, d'accord commun, un autre scénariste. Sur quoi, le 26 janvier 1957, par lettre, M. Jurgens exprima à la société productrice des doutes quant à la possibilité d'établir, en partant du roman retenu, un film qui correspondit aux conventions précédemment établies, puis ayant lu la continuité du nouveau scénariste, il faisait connaître, par une lettre du 12 février, qu'il trouvait le rôle qu'on lui attribuait dépourvu d'intérêt, mais que, par contre, le premier scénariste lui avait raconté une nouvelle continuité dont il était satisfait et à laquelle il donnait son accord.

Le réalisateur et la principale interprète féminine n'en voulant pas, deux arbitres furent alors désignés qui décidèrent que l'on soumettrait la continuité du deuxième scénariste et celle du premier qui plaisait à l'acteur, à un troisième scénariste qu'ils désignèrent, et qui avait pour mission de rédiger, à partir de ces deux continuités, un nouveau texte, en tenant compte des désirs légitimes des deux parties. Mais il ne put accepter, et le 15 mai 1957, faisait savoir, d'une part, qu'il lui semblait impossible de fondre en un seul les deux textes tant leur esprit était différent; d'autre part, que celui du second scénariste lui semblait préférable, et enfin, qu'il comprenait les réticences de l'acteur face à cette continuité. Il proposait alors aux parties le nom de quatre scénaristes ayant toute sa confiance.

La société productrice du film fit alors connaître à l'acteur qu'elle était prête à se ranger aux conseils de cette lettre, pourvu que la vedette désignât deux scénaristes parmi ceux qui étaient ainsi proposés. M. Jurgens ne le voulut pas, désigna d'abord un scénariste qui ne plut pas à la société parce que étranger, puis trois autres, qui chacun se dérobèrent en raison de la brièveté des délais.

Bref, de proposition en proposition, le 3 juin, la société écrivit à l'acteur en résumant sa version des événements, indiquant qu'elle

tenait comme démontré que les initiatives de M. Jurgens n'avaient eu d'autre but que de faire perdre chaque fois quelques jours, et demandant à nouveau la réunion du tribunal arbitral. L'acteur refusa. Le producteur l'assigna alors devant le tribunal de la Seine qui, par jugement (47) du 29 juin 1960, retint sa responsabilité comme ayant commis un abus de droit aussi bien dans l'exécution du contrat que dans celle de l'exécution de la sentence arbitrale. Ce jugement devait être confirmé par l'arrêt de la Cour de Paris du 20 mai 1961, dont nous parlions plus haut.

Le problème était donc de savoir si le contrat s'était trouvé formé dès l'accord sur le réalisateur et le sujet — ce que soutenait le producteur — ou si au contraire il ne se trouvait parfait qu'après approbation de la continuité, comme le soutenait Jurgens.

Dans la note fort documentée qu'il a consacrée à cette décision (48), M. Lyon-Caen soutint cette dernière façon de voir : « Si Jurgens a abusé d'un droit, écrit-il, c'est du droit de ne pas contracter... Et il n'est pas exact, comme le fait l'arrêt, de lui reprocher de n'avoir pas exécuté de bonne foi une convention qui ne le liait pas encore. » Or, nous dit le savant auteur, « l'artiste ne peut réellement savoir si le rôle qu'on veut lui faire jouer correspond à sa personnalité, qu'à la lecture de la continuité, ni le sujet ni le nom du réalisateur n'étant à cet égard suffisant. Il est pour le moins discutable de considérer que la divergence ne porte que sur un fait secondaire... » Et M. Lyon-Caen souligne l'importance que ce choix a pour l'acteur, car « la pratique témoigne de l'insertion fréquente, dans les contrats entre producteurs et interprètes principaux, d'une clause réservant à ceux-ci le droit de refuser les scénarios qui ne sont pas à leur convenance ».

En fait, la jurisprudence, qui a souvent eu à se prononcer, ne reconnaît pas à l'acteur un droit arbitraire; particulièrement symptomatique se trouve être, en la matière, l'arrêt de la Cour de Paris du 8 mai 1950 (49). Dans cette dernière espèce, la convention prévoyait « un accord commun complet » sur le scénario, faute de quoi

(47) Cette décision est à notre connaissance inédite. Et c'est regrettable car elle contient un exposé des faits beaucoup plus complet, et permettant ainsi d'avoir une meilleure vision de l'affaire que l'arrêt de la Cour. C'est d'ailleurs parce que le jugement est inédit que nous avons cru bon de rapporter si longuement les faits de l'espèce. On notera de surcroît que juste après la rupture, Jurgens partait aux U.S.A. tourner un film. Circonstance qui pesa sur la décision, car il est bien difficile d'admettre — et nous reprenons les termes de l'arrêt de Paris — qu' « un acteur de sa réputation et qui fait montre de tels scrupules artistiques ait apporté sa participation au pied levé dans un film par ailleurs déjà commencé ».

(48) D. 1961.569.

(49) J.C.P. 1951.6110, N. R. Plaisant ; l'arrêt Jurgens n'a fait que reprendre l'idée de cette décision.

le contrat « serait considéré comme nul et non avenu ». A la date de la réalisation du film, la vedette avait refusé quatre scénarios. Comme elle n'avait pas voulu accepter un arbitrage (50), le producteur demanda à la justice de la condamner au motif que, par des refus systématiques et abusifs, elle s'était soustraite à l'exécution des accords signés. La vedette plaidait en revanche avec une apparence de raison, qu'elle ne faisait qu'exercer le droit que lui donnait la convention, et qu'aucun expert ne saurait être substitué à un artiste dans des droits qui lui sont propres. La Cour de Paris ne suivit pas cette façon de penser, qui désigna des experts ayant pour mission de dire si les critiques de l'actrice sur les scénarios — et par là son refus de les accepter — étaient fondées.

Le problème en vérité se rattache à la nature et au fondement du droit reconnu à l'acteur de cinéma (51) sur son interprétation. Il est certain — et plus encore depuis la loi de 1957 — que l'artiste ne peut se prévaloir d'un droit d'auteur (52). Mais on s'accorde à lui reconnaître un droit moral, droit de la personnalité se confondant parfois avec le droit à l'image. Le tribunal de la Seine a ainsi jugé que l'acteur, qui avait interprété un film « au muet », avait droit à des dommages-intérêts lorsque la bande était sonorisée, un autre acteur prêtant sa voix à son personnage sans qu'il l'ait autorisé (53) ; de même, a été accordée une indemnité à l'acteur filmé à son insu sur le plateau pendant les intervalles de travail, et devenu ainsi le personnage d'un court métrage : « Un acteur a le droit de ne paraître que dans les films et sous les aspects et personnages qu'il estime conformes à ses convenances artistiques et à l'intérêt de sa carrière... » (54).

A première vue, le droit que s'arrogent les tribunaux de contrôler les refus de l'acteur d'approuver les scénarios, semble en parfaite contradiction avec ces décisions.

Pourtant, rien n'est moins sûr. D'une part, il n'est absolument pas certain que le jugement du tribunal civil de la Seine de 1937 (55),

(50) Les contrats-types contiennent une clause compromissoire.

(51) Sur ce problème et les différentes théories voir LYON-CAEN et LAVIGNE, *op. cit.*, T. I, n° 341 ; SARRAUTE et GORLINE, « Le droit moral de l'acteur de cinéma sur son interprétation », G.P. 1959.II, doc. p. 63.

(52) Nous ne pensons pas contrairement à M. BADINTER dans sa chronique au J.C.P. 1964, n° 1844 que l'arrêt Furtwaengler (Civ., 4 janvier 1964, J.C.P. 1964.13. 712, D. 1964.321, N. PLUYETTE, cf. aussi DESBOIS, « Le droit des acteurs et artistes sur leur interprétation », D. 1964.247 ; TOULEMON, « Les droits de l'interprète », R.T.D.C. 1964.247), change quoi que ce soit à la chose. Le chef d'orchestre et la vedette de cinéma ne sont point assimilables. S'il fallait une assimilation, il serait plus logique de la faire entre le chef d'orchestre et le réalisateur. La vedette elle, est plus proche du soliste d'orchestre.

(53) Trib. Seine, 23 avril 1937, J.C.P. 1937.II.247 ; S. 1938.II.217.

(54) Trib. Seine, 19 février 1955, J.C.P. 1955.II.8678, N. PLAISANT.

(55) Cf. *supra* au texte et note 53.

qui consacrait un droit très proche de celui du droit d'auteur, reflète toujours l'état de la jurisprudence (56). D'autre part, le jugement que ce même tribunal rendit en 1955 (57) est assez suspect, semblant quelque peu présomptueux. Etait-il nécessaire d'en appeler au droit de l'acteur sur son art, alors qu'il suffisait de rappeler le droit que chaque homme a sur sa propre image ? « En vertu de ce droit reconnu par la jurisprudence, une personne peut s'opposer à ce que des tiers qu'elle n'y aurait pas expressément ou tacitement autorisés, reproduisent son portrait, plus spécialement à ce qu'elles prennent d'elle des photographies » (58). Or, il est bien évident que l'acteur de cinéma, dont le métier est non seulement d'interpréter un rôle, mais de céder le droit à son image, limite à des cas précis, par le contrat, la cession de ce droit. Le fait pour son cocontractant d'utiliser l'image de l'acteur à d'autres fins que celles prévues au contrat, constitue donc une violation de celui-ci. Nous en concluons que, c'est dans les cadres du contrat que l'acteur doit trouver ses droits vis-à-vis de son producteur et en même temps la limite de ceux-ci...

Or, quels sont les droits reconnus à l'acteur (59) par le contrat ? Il pourra en général choisir d'accord avec le producteur, le réalisateur, le scénariste, le sujet du film; il n'aura aucun droit de regard sur le découpage et le montage du film; il approuvera le scénario. Cela dit, un tribunal arbitral est en général constitué pour trancher les contestations pouvant opposer les parties.

Ce qui signifie, d'une part, que les véritables pouvoirs sur la création même du film lui sont refusés — l'acteur n'est pas en pratique un coauteur et la loi de 1957 a retenu cette solution — et, d'autre part — compte tenu de ce que le contrat qui le lie au producteur est un contrat de louage de services — que le triple choix du réalisateur, du scénariste et du sujet, sont les conditions suspensives de la convention : tant que l'acteur n'a pas donné son accord, la convention n'est pas parfaite.

Reste le droit d'approuver le scénario. On pourrait penser qu'il s'agit là de l'application du droit invoqué à tort en 1955 par le tribunal de la Seine. En fait, nous croyons que le droit de jouer les rôles, et interpréter les personnages les plus conformes à la nature de l'acteur, est largement exercé sitôt que l'acteur a choisi sujet, réalisateur et scénariste. Il ne fait pas de doute pour un acteur averti, que partant d'un sujet déterminé, tel réalisateur et tel scénariste

(56) Répétons-le, pour nous l'arrêt Furtwaengler est étranger au problème par l'impossibilité qu'il y a d'assimiler une vedette de cinéma à un chef d'orchestre.

(57) Cf. *supra* au texte et note 54.

(58) Carbonnier, T. I, p. 235. Cf. en dernier lieu Nerson, R.T.D.C. 1966, p. 64 et Rodière, R.T.D.C. 1966, p. 292.

(59) Pour être plus juste disons « à la vedette ».

feront une œuvre totalement opposée à celle qu'aurait pu faire tel autre réalisateur, assisté de tel autre scénariste, et que par là le personnage sera différent (60). Car, il ne faut pas oublier tout de même que le grand maître du plateau, le dictateur du spectacle, et très certainement le véritable auteur du film, c'est le réalisateur (61) et qu'il fera recommencer aussi longtemps qu'il l'estimera nécessaire, telle scène qui ne lui plaira pas, parce que tel froncement de sourcil de l'acteur ne lui convient pas... L'approbation du scénario, dans ces conditions, semble être plus un acte de pure courtoisie permettant d'apporter de légères retouches, qu'un véritable droit pour l'acteur de faire modifier entièrement le personnage. A moins, bien sûr, que celui-ci ne corresponde en rien à ce que le triple choix du sujet, du réalisateur et du scénariste permettait d'attendre. C'est, semble-t-il, pour trancher de ces litiges avec des critères objectifs parfaitement connus des professionnels que nous trouvons toujours dans ce genre de contrat l'institution d'un tribunal arbitral.

On comprend donc, dans ces conditions, que la jurisprudence voit dans l'approbation du scénario une clause secondaire (62), dont la non-exécution constitue une non-exécution du contrat susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, de la même façon que le refus de procéder à la dégustation, ou le dénigrement systématique de la chose de la part de l'acquéreur. Ainsi au terme de cet ultime chapitre, apparaît à nouveau l'impossibilité de saisir à travers notre jurisprudence le moindre cas de refus de contracter entraînant la responsabilité de son auteur.

(60) Jeanne d'Arc n'était plus la même, interprétée par Mmes Falconetti, Ingrid Bergmann et Jean Seeberg. Mais Dreyer était un réalisateur, Victor Fleming un autre, et Preminger un troisième.

(61) Cf. Lyon-Caen et Lavigne, *op. cit.*, T. I, p. 250 et s.

(62) Il faut toutefois faire une légère réserve concernant l'arrêt Jurgens. On peut se demander si le contrat le liant au producteur ne lui avait pas permis d'accéder à la qualité de coauteur, par le fait qu'il avait un droit de regard sur le montage et le découpage technique. Mais les critiques de l'acteur ne portaient pas sur la construction du film, mais sur le personnage même : la Cour a dû penser qu'il avait accepté — au moins dans les grandes lignes — la conception du rôle lorsqu'il avait accepté le sujet. Et puis il y avait la mauvaise foi évidente.

CONCLUSION

Josserand (1), critiquant Ripert, expose que, pour celui-ci (2), « il n'y a point place rationnellement pour l'abus du droit de ne pas contracter ».

A la vérité, Georges Ripert ne s'est pas exprimé avec autant de netteté. Pourtant il aurait pu écrire cette phrase; il aurait même pu aller plus loin dans le raisonnement et écrire qu'en droit français aucune responsabilité n'est rationnellement concevable pour refus de contracter.

— I —

Cette proposition, nous l'avons démontrée de façon en quelque sorte théorique, dès le début de cette étude en soulignant l'incompatibilité qui existe entre les principes libéraux de notre droit et la notion de contrat obligatoire. Il nous semble que l'examen — casuistique — du droit positif a vérifié notre démonstration.

A. — Trois hypothèses — que l'on peut ramener à deux — peuvent *a priori* être envisagées.

1° Dans le premier cas, le sollicité, auteur du refus, était resté inerte, n'ayant rien fait pour attirer la sollicitation. Son attitude a été jugée parfaitement correcte.

2° Dans le second cas, l'attitude du sollicité appelle la sollicitation, et son activité est contrôlée par l'Etat. Son refus de prester son ministère est susceptible d'entraîner sa responsabilité. Mais il

(1) « L'Esprit des Droits », n° 93.
(2) « La règle morale dans les obligations civiles », n° 100.

n'est pas certain du tout que les rapports unissant le sollicité au sollicitant soient d'ordre contractuel. De deux choses l'une alors : ou bien la notion de service public l'emporte, nous ne sommes pas en présence de rapports contractuels, et il est inexact de parler de refus de contracter; ou bien cette notion est à négliger, il s'agit bien de contrats, et nous sommes en présence d'une attitude identique au troisième cas envisageable.

3° Dans ce troisième cas, en effet, le sollicité présente ce que Josserand appelle un état de réceptivité contractuelle (3), entendant par là que son attitude est une invite plus ou moins précise au contrat. Les exemples, nous l'avons vu, sont multiples.

Deux conceptions sont alors intellectuellement possibles.

a) D'une part, il y a le point de vue de principe des juristes allemands : ils ne veulent voir, dans toutes ces manifestations professionnelles, que des invitations faites au public à faire des offres de contrat. Le professionnel a ainsi toute liberté pour rejeter les offres ne lui convenant pas, et, donc, pour refuser de contracter. Mais il se peut que des professionnels détiennent une position monopolistique rendant insupportable le refus de contracter. Les juristes nationaux socialistes ont, pour corriger cela, estimé indispensable de mettre à la charge de ces monopoleurs un « devoir d'approvisionnement » dont la violation rendrait fautif le refus de contracter.

b) D'autre part, il y a la conception française qui tend à voir, dans un faisceau de manifestations professionnelles, des offres de contrat qu'une acceptation transformera en contrat, à la double condition que cette offre soit complète et qu'il y ait conformité de l'acceptation et de l'offre. Cette conception peut conduire à deux résultats opposés. Ou bien les conditions d'obligatoriété de l'offre sont remplies et le contrat est formé; il ne peut donc être question pour le sollicité de refuser de contracter : il ne pourra que refuser d'exécuter l'obligation qu'il a volontairement assumée. Ou bien ces conditions (ou l'une d'entre elles) ne sont pas remplies, le contrat n'est pas formé, et il ne peut être question d'engager la responsabilité du sollicité.

B. — Des trois hypothèses qui sont apparues pratiquement, deux en définitive, restent au cœur du problème, prenant quelque peu l'allure d'une alternative. Ou bien, la sollicitation n'a pas coïncidé avec la pollicitation du sollicité — soit que cette pollicitation n'ait jamais existé, ou qu'elle soit incomplète, soit qu'elle soit assortie de réserves qui excluent le sollicitant — et la responsabilité du sollicité

(3) « L'esprit des droits », n° 93.

ne peut être mise en jeu, ou bien, la sollicitation a rencontré l'offre, l'a transformée en contrat, et si la responsabilité du sollicité doit être mise en jeu, c'est sur le terrain de l'exécution du contrat. Techniquement parlant donc, la notion de refus de contracter est incompatible avec notre droit.

— II —

Cette double incompatibilité — théorique et technique — n'a toutefois pas pour conséquence de permettre que n'importe quelle offre soit assortie de n'importe quelle réserve.

Notre droit sait en prohiber certaines, aussi bien lorsqu'il impose au pollicitant une obligation de neutralité vis-à-vis des libertés publiques que lorsqu'il réglemente l'offre dans l'intérêt des principes économiques ou sociaux. Mais il sait aussi, d'une manière encore plus discrète, en quelque sorte négative, contrôler la licéité des réserves pouvant assortir l'offre, de façon qu'elles ne prennent pas l'aspect d'arguments *ad hominem* vis-à-vis du sollicitant.

Cette conception « contractuelle » du problème du refus de contracter, qui ne laisse que l'alternative d'un refus de contracter licite, ou de l'inexécution fautive d'un contrat formé, se justifie au plan technique d'une triple façon.

1° Il faut, tout d'abord, remarquer qu'elle est parfaitement morale. Le sollicité n'est engagé que dans la mesure de sa pollicitation. Et le sollicitant sait qu'il peut compter sur l'offre émise. Cela est vrai du contrat qui se forme immédiatement. Ce l'est aussi du contrat se formant successivement.

2° Elle est, ensuite, l'expression d'une double logique.

a) D'une manière générale, d'abord, elle est une pièce de la conception française du contrat. Le juge qui « découvre » une obligation de sécurité dans un contrat de transport ou de vente, n'agit pas différemment de celui qui, suivant l'exemple du législateur, utilise la notion que la Cour de cassation a appelé « accord de principe ». De même, il n'y a pas de différence fondamentale entre le fait de réputer non écrite, parce qu'immorale, la condition d'un contrat, et celui de déclarer inopposable au sollicitant la réserve illicite assortissant une offre faite à tout venant.

b) D'une façon plus particulière, ensuite, cette conception traite l'offre de contrat en élément véritablement contractuel : une fois cette offre décantée, apurée, représentant le véritable soubassement du

contrat, c'est sur le plan contractuel, et par l'application de techniques purement contractuelles que l'on tirera toutes les conséquences de cette offre.

3° Enfin, cette conception est pratique. Il suffit, pour s'en rendre compte, de se reporter aux développements consacrés par les auteurs au problème de la réparation lorsqu'ils voient dans le refus de contracter une faute de nature délictuelle. Les plus célèbres sont ceux de Ihering, mais ils ont été repris et on en trouve trace chez de nombreux auteurs. La conception française permet de réparer le dommage par l'application pure et simple des règles de la responsabilité contractuelle.

***

Nous pourrions nous arrêter là.

Candide, le faisant, penserait sans doute qu'une telle construction morale, logique et pratique, en accord avec les principes libéraux de notre droit, et pourtant ne protégeant aucun égoïsme, révèle bien que tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes.

Pourtant, il suffit de chercher à prendre un taxi vers 18 h. 30 sur les Champs-Elysées pour se rendre compte des difficultés que rencontre son application.

Un taxi, dira-t-on, le mal est de peu d'importance. Il est évident, en effet, que nous n'aurions jamais connu certaine histoire de fiacre si des violences n'avaient été échangées (4). Un taxi, donc... *De minimis non curat praetor...*

Aussi est-ce de l'ouvrage de l'écrivain américain Thomas Merton, *La Révolution noire*, que nous extraierons le mot de la fin : « Si chaque fois que j'ai envie d'un Coca-Cola, je suis obligé d'intenter un procès contre le propriétaire du snack-bar, je crois que je préférerai continuer à fréquenter les mêmes vieux bars de mon ghetto. »

Vu,
Le Président :
J. CARBONNIER.

Vu,
Le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris :
G. VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
E. ROCHE.

(4) Cf. *supra*, II[e] Partie, Titre I[er], l'affaire « Ridel contre Delbort ».

Bibliographie

I. — TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

ARMINJON, NOLDE et WOLFF, « Traité de Droit comparé », 3 vol.

AUBRY et RAU, « Cours de Droit civil », T. VI, 6e éd., par ESMEIN.

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, « Des obligations », 4 vol., 3e éd., 1906.

BEUDANT, « Cours de Droit civil français », 2e éd., T. V et V *bis* par Le BALLE ; T. IX *bis* par RODIÈRE.

BONNECASE, « Supplément au traité théorique et pratique », de BAUDRY-LACANTINERIE, T. III.

BRUN et GALLAND, « Traité élémentaire de Droit du Travail ».

CARBONNIER, « Droit civil », T. II, 1964.
— « Théorie générale des obligations », 1964.

COLLIARD, « Libertés publiques ».

DEMOGUE, « Traité des obligations en général », 7 vol., 1923-1933.

DURAND, « Traité de Droit du Travail », 3 vol., T. I, avec la collaboration de R. JAUSSAUD, T. II, III, avec la collaboration de A. VITU.

GAUDEMET, « Théorie générale des obligations », 1937.

JÈZE, « Principes généraux du Droit administratif », 6 vol., T. V et VI.

JOSSERAND, « Cours de Droit civil français », T. II, 1939.

LAUBADÈRE (de), « Traité théorique et pratique des contrats administratifs », 3 vol.,
— « Traité élémentaire de Droit administratif », 2e éd., 1957, 1 vol., 3e éd., 1963, 3 vol.

LYON-CAEN et LAVIGNE, « Traité théorique et pratique du Droit du cinéma français et comparé », T. I.

MARTY et RAYNAUD, « Droit civil », T. II, 1963.

MAZEAUD (H. et L.) et TUNC, « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile », 5e éd., 1957-1960.

PLANIOL et RIPERT, « Traité pratique de Droit civil français », T. VI par ESMEIN, T. VII par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, T. X par HAMEL, GIVORD et TUNC, T. XI par ROUAST, R. SAVATIER, LEPARGNEUR et BESSON.

RIPERT, « Traité de Droit maritime », mis à jour au 1er avril 1963 par R. RODIÈRE.

RIPERT et BOULANGER, « Traité élémentaire de Droit civil », T. II.
RIPERT, DURAND et ROBLOT, « Traité élémentaire de Droit commercial », 3e éd.

RIVERO et J. SAVATIER, « Droit du Travail », 2e éd., 1960.

RODIÈRE, « Traité de Droit des transports », 3 vol.

SARRAUTE et GORLINE, « Droit du cinéma ».

SAVATIER (R.), « Traité de la responsabilité civile en Droit français », 2 vol.

SAVATIER (R. et J.) AUBRY et PÉQUIGNOT, « Traité de Droit médical ».

TUHR (Von), « Partie générale du Code fédéral suisse des obligations », traduction de Torrente, 1931.

VILLEY, « Leçon d'histoire de la philosophie du droit », 1re éd. 1957, 2e éd. 1962.

II. — THESES ET OUVRAGES SPECIAUX

ASTRUC, « Le Droit privé du théâtre », Thèse, Paris 1898.

BELLON, « Le Droit soviétique », Paris 1963.

BERGER, « L'inexécution des obligations du bailleur d'immeuble et les problèmes actuels », Thèse, Paris 1942.

BLAISE, « Le statut juridique des ententes économiques dans le Droit français et le Droit des communautés économiques », Thèse, Nancy 1964, préface Roblot.

CAMPION, « La théorie de l'abus du droit », 1925.

CASEL, « Refus de vente, clauses d'exclusivité, contrat de concession », Paris 1960.

CÈBE, « La condition juridique des transports en commun », Thèse, Toulouse 1939.

CHARPENTIER, « La profession d'hôtelier », Thèse, Paris 1913.

COHERIER, « Des obligations naissant des pourparlers », Thèse, Paris 1939.

COHIN, « L'abstention fautive », Thèse, Paris 1929.

COLMET-DAAGE, « La répression de la hausse illicite, application de la loi du 21 octobre 1940 par la jurisprudence », Thèse, Paris 1942.

Congrès des Notaires de France (67e), « La formation du contrat, l'avant-contrat », 1964.

DAVID et HAZARD, « Le Droit soviétique », 2 vol., T. I : « Données fondamentales », par R. DAVID, T. II, « Le Droit et l'évolution de la société », par J.N. HAZARD.

DAVY, « La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat, la formation du lien contractuel », Thèse Lettres, Paris 1922.

DEREUX, « De l'interprétation des contrats d'adhésion », Thèse, Paris 1905.

DESCHAMPS, « La promesse de contrat », Thèse, Paris 1914.

DURKHEIM, « Leçons de sociologie, la physique des mœurs et du droit », ouvrage posthume, 1950.

DURRY, « Les restrictions conventionnelles au libre choix de la personne du contractant », Thèse, Paris 1957 (dactyl.).

FALCO, « Droit et devoirs du spectateur au théâre », Thèse, Paris 1907.

FARJAT, « L'ordre public économique », Thèse, Dijon 1961.

FELTAINE, « La publicité commerciale », Thèse, Caen 1903.

GAUDIN de LAGRANGE (de), « L'intervention du juge dans les contrats », Thèse, Montpellier 1935.

GEORGEACOPOULOS, « Le refus de vente », Thèse, Paris 1964, préface Levasseur, multigraphiée.

GOUNOT, « Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé », Thèse, Dijon 1912.

HAMEL, « La vente commerciale de marchandises », Etudes sous la direction du Doyen Hamel, 1951.

HILSENRAD, « Des obligations pouvant naître au cours de la préparation d'un contrat », Thèse, Paris 1932.

IHERING, « De la culpa in contrahendo », œuvres choisies, traduction Meulenaere, T. II.

IMBERT, « Le Droit antique », Paris 1961.

JOSSERAND, « De l'esprit des droits », Paris 1927.
— « Evolution et actualités », 1936.

JUSTAFRE, « De l'abus du droit de ne pas contracter », Thèse, Montpellier 1950 (dactyl.).

LAROQUE, « Les usagers des services publics industriels », Thèse, Paris 1933.

LEDUC, « Des avants-contrats », Thèse, Paris 1909.

LEHMANN, « Le droit de l'artiste sur son interprétation », Thèse, Paris 1935.

LEVY, « Vision socialiste du droit ».

LIET-VEAUX, « La profession d'architecte, statut juridique », 2e éd., 1963.

LOUIS-LUCAS, « Volonté et cause », Thèse, Dijon 1917.

LOMBOIS, « De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils », Thèse, Poitiers, 1961.

MARSON, « L'abus du droit en matière de contrat », Thèse, Paris 1935.

MARTIN de la MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral », Thèse, Toulouse 1949.

MATHIOT, « Grands services publics et entreprises nationales », Cours professé à la Faculté de Paris en 1961.

MINVIELLE, « Histoire et condition de la profession d'architecte », Thèse, Bordeaux 1961.

MORIN, « La loi et le contrat, la décadence et la souveraineté », 1927.

OLAGNIER, « Le droit des artistes interprètes et exécutants », Paris 1937.

PÉRIER, « Responsabilité pour non-formation ou nullité du contrat », Thèse, Montpellier 1947, multigraphiée.

PEYRONNET, « Du contrat de spectacle », Thèse, Montpellier 1905.

PIOTET, « Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse ».

PRÉVOST, « Le dirigisme actuel dans la vente et le louage de choses », Thèse, Paris 1956, multigraphiée.

PRIEUR, « L'abus des droits dans la formation et la dissolution du contrat de travail », Thèse, Paris 1942.

PUYBUSQUE, « Les contrats de publicité », Thèse, Toulouse 1936.

RICOT, « Le refus de contracter », Thèse, Paris 1929.

RIEG, « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil français et allemand », Paris 1961.

RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », 4e éd. 1949.
— « Le déclin du droit », 1949.

ROMACHKINE, « Les principes du Droit soviétique », ouvrage composé sous la direction du Professeur Romachkine, traduction Piatigorski.

ROUBIER, « Essai sur la responsabilité pré-contractuelle », Thèse, Lyon 1911.

ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », Thèse, Paris 1965, multigraphiée.

SABATIER, « La promesse de contrat dans le droit du patrimoine », Thèse, Montpellier 1936.

SALEILLES, « De la déclaration de volonté », 1907.

— « Théorie générale de l'obligation. »

SALLE de la MARNIÈRE, « Evolution technique du contrat », Thèse, Paris 1930.

SAVATIER (J.), « La profession libérale », Thèse, Poitiers 1946.

SAVATIER (R.), « Les métamorphoses économiques et sociales du Droit privé d'aujourd'hui », 1re série 1952, 3e et 2e séries 1959.

SPYROPOULOS, « La liberté syndicale », Thèse, Paris 1954.

TERRE, « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », Thèse, Paris 1955.

VALLEUR, « L'intuitus personae dans les contrats », Thèse, Paris 1938.

VIDAL, « Essai d'une théorie générale de la fraude », Thèse, Toulouse 1955.

WALINE, « L'individualisme et le droit », 2e éd. 1949.

WORMS, « Le régime juridique de la publicité commerciale », Thèse, Paris 1943.

ZAKSAS, « Les transformations du contrat et leur loi », Thèse, Toulouse 1939.

III. — ARTICLES

ATTALI, « Restrictions au Droit de vendre et liberté commerciale », Rev. Jur. Com. 1960, pp. 171 et 203.

BADINTER, « Le droit de l'artiste sur son interprétation (l'arrêt Furtwaengler) » J.C.P. 1964.I.1844.

BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants-contrats », R.T.D.C. 1949.1.

BOUZAT, V° « Contravention », *in* Encyclopédie Dalloz.

BRETHE de la GRESSAYE, V° « Syndicat » *in* Encyclopédie Dalloz.

BRETON, V° « Consentement », *in* Encyclopédie Dalloz.

BRIÈRE de l'ISLE, « De la notion de contrat successif », D. 1957, ch. 153.

CAMERLYNCK, « De l'assimilation à un licenciement du non-renouvellement d'un contrat de travail », J.C.P. 1961.I.1655.

CAPITANT (H.), « Le régime de la violation des contrats », D.H. 1934, Ch. 1.

CARBONNIER (Jean), « Sociologie et droit du contrat », Annale Faculté de Droit de Toulouse, T. VII, Fasc. I, p. 113.

CATALANO, « Les contrats dits d'exclusivité », D. 1964, Ch. 173.

CHAMPAUD, « La concession commerciale », Rev. trim. dr. com., 1963.451.

COLLIARD, « Propriété et expropriation », *in* « Etudes de Droit allemand, Mélanges Offlag II B ».

COSNARD, « Le refus de vente », Droit social 1961, p. 515 ou Rev. trim. dr. com. 1962, p. 187.

—« Concessions exclusives et refus de vente », D. 1962, Ch. 242.

COULOMBEL, « Le Droit privé français devant le fait religieux », R.T.D.C., 1956.1.

COUTELLIER, « Des limitations apportées au droit de licenciement de l'employeur », J.C.P. 1943.I.302.

DELVOLVÉ, « Le refus de vente », D. 1960, Ch. 203.

DEMOGUE, « Des modifications au contrat par volonté unilatérale », R.T.D.C. 1907. 245.

— « Des contrats provisoires », Mélanges Capitant, p. 159.

DEREUX, « De la nature juridique du contrat d'adhésion », R.T.D.C. 1910, p. 503.

DESBOIS, « Le droit des acteurs et artistes sur leur interprétation », D. 1964, Ch. 247.

DESPAX, « La vie extra professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », J.C.P. 1963.I.1716.

DIKOFF, « Evolution de la notion de contrat », Mélanges Capitant 201.

DUGUIT, « Situation des particuliers à l'égard des services publics », R.D.P. 1907. 411.

— « De la situation juridique d'un particulier faisant usage d'un service public », Mélanges Hauriou.

DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », R.T. D.C. 1944, p. 33.

— « Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat », R.T.D.C. 1948.155.

— « L'interdiction des majorations discriminatoires du prix et le commerce de la distribution », Dalloz 1955, Ch. 1.

DURRY, « Ouragan européen sur les contrats d'exclusivité », D. 1963, Ch. 177.

ELIACHEVITCH, « Le Droit contractuel dans le système juridique soviétique », R.T.D.C. 1938.403.

ESMEIN, « Le boycottage », Travaux de l'Association Capitant, T. X, p. 89.

GAVALDA, « Le refus du banquier », J.C.P. 1962.I.1727.

GULPHE, « L'évolution du délit de refus de vente », Dix ans de conférences d'agrégation (Mélanges Hamel), p. 423.

GUILLON, « L'omission de porter secours et la profession médicale », J.C.P. 1956. I.1294.

GUYENOT, « Les conventions d'exclusivité de vente », Rev. trim. dr. com., 1963.513.

— « L'incidence du Droit des marques de fabrique sur le refus de vente et les pratiques commerciales d'exclusivité », D. 1965, Ch. 75.

— « Etudes juridiques et économiques des conventions d'exclusivité de vente », Droit social, 1965.

HAMEL, « Le droit du banquier de refuser l'ouverture d'un compte », Consultation Revue « Banque », 1959.6.

HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », R.D.T.C. 1926.309.

HÉMARD, « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », Mélanges Ripert, T. II, p. 341.

— « L'évolution de la réglementation de la concurrence », Mélanges Julliot de la Morandière, p. 203.

— « Enquête sur les contrats d'exclusivité, le refus de vente et les prix imposés dans les pays du Marché Commun », Rev. Int. de Dr. Comp. 1964, p. 701.

IONASCO, « La volonté dans la formation des contrats », Mélanges Gény, T. II, p. 368.

IONASCO et BARASCH, « Les contrats économiques dans le Droit de la République démocratique de Roumanie », Rev. Int. de Dr. Comp. 1965, p. 886.

JOSSERAND, « Libéralisme et verbalisme », D.H. 33, Ch. 65.

— « Le contrat dirigé », D.H. 1933, Ch. 89.

— « Transformation du droit des obligations et des contrats », Livre souvenir des journées de Droit civil de Montréal, 1934.

— « Un ordre juridique nouveau », D.H. 1937, Ch. 41.

— « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », R.T.D.C. 1937.1.

— « Essor moderne du concept contractuel », Mélanges Gény, T. II, p. 333.

— « Le contrat forcé et le contrat légal », D.H. 1940, Ch. 5.

LARGUIER, « La formation du contrat de vente », *in* « La vente commerciale », ouvrage collectif sous la direction du Doyen Hamel, 1951.

LEAUTÉ, « Les contrats types », R.T.D.C. 1953.429.

Le GALL, Compte rendu de « Téoria generala a contractelor economice », par T. IONASCO et E.A. BARASCH *in* Rev. Int. de Dr. Comp. 1965.529.

LEVASSEUR, « La répression des infractions à la réglementation des prix », J.C.P. 1941.I.1183.

MALAURIE, V° « La vente commerciale », *in* Encyclopédie Dalloz.

MARTIN, « La communauté économique européenne, source du droit », Dalloz 1957, Ch. III.

MASSUE (de la), « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit », R.T.D.C. 1948.27.

MERCADAL, « Le IV^e^ Plan et le Droit commercial », Rev. trim. dr. com., 1964.499.

MEYNIAL, « La déclaration de volonté », R.T.D.C. 1902.570.

MOREL, « Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles », R.T.D.C. 1908.288.

— « Le contrat imposé », Mélanges Ripert, T. II, 116.

MORIN, « Tendances actuelles de la théorie des contrats », R.T.D.C. 1937.553.

NAST, « Commentaire de la loi du 5 février 1941 réprimant le refus de louer à un père de famille un local d'habitation ou à usage professionnel », D.C. 1941, Leg. 35.

NAUROIS (de), « La liberté religieuse », R.T.D.C. 1962. p. 249.

NICOLAS-JACOB, « Les conventions d'exclusivité et le refus de vente », La Vie judiciaire, n° 826.

OURLIAC et de JUGLART, « Le droit de reprise du propriétaire d'un bien rural et la jurisprudence de la Cour de cassation », J.C.P. 1950.I.836.

P.D., « La situation juridique du prêtre ouvrier », Droit social, 1951, p. 87.

PATTERSON, « Le droit du juge de sous-entendre des conditions dans les contrats », Mélanges Gény, T. II, p. 319.

PERREAU, « Une évolution vers le statut légal des contrats », Mélanges Gény, T. II, 354.

PEYTEL, « Les médecins et le délit de commission par omission », G.P. 1953.II, Doc. 13.

PLAISANT, « Les contrats d'exclusivité », Rev. trim. dr. com., 1964.I.

PRIEUR, « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché », Rev. trim. dr. com., 1960.500.

RENARD, « Infraction à la législation sur les loyers », Jurisclasseur pénal, lois pénales, annexes T. II.

RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e^ siècle », Archives de philosophie du Droit, numéro consacré au « Rôle de la volonté dans le Droit ».

RIOU, « L'acte de dévouement », R.T.D.C. 1957.221.

RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », Mélanges Gény, T. II, 347.

ROBERT (A.), « Une source mineure de droits civils, les affiches et les écriteaux », J.C.P. 1958.I.1458.

ROCHE, « Le refus de contracter », *in* Jurisclasseur commercial annexe « Concurrence déloyale », Fasc. XXXIII.

ROUAST, « Droits discrétionnaires et droits contrôlés », R.T.D.C. 1944.I.

RUBELIN-DEVICHI, « L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général », J.C.P. 1965.I.1922.

RYZIGER, « Contrat d'exclusivité et refus de vente », G.P. 1961.II, Doc. 19.

— « Le contrat de concession exclusive de vente face au délit de refus de vente et à la réglementation sur les restrictions à la concurrence dans le Marché Commun », G.P. 1963.I, Doc. 12.

SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », R.T.D.C. 1907.697.

SALLE de la MARNIÈRE, « Quelques observations sur la pratique contractuelle comme source de droit positif », J.C.P. 1957.I.1376.

SAVATIER (René), « L'ordre public économique », D. 1965.37.

SCHAPIRA (Jean), « Problèmes de la concession exclusive », Clunet, 1964.495.

SINAY, « Le travail à l'essai », Droit social 1963, p. 150.

SOULEAU, « Pratiques anticoncurrentielles et autres infractions assimilées à la pratique des prix illicites », *in* « Infractions économiques », Fasc. III, jurisclasseur pénal lois pénales, annexes, T. II.

SOUTY, « L'abstention délictueuse et les médecins », Rép. Commailles, 1956.21.

STILLMUNKES, « La notion de profession libérale et son évolution récente », Actualité juridique (Droit administratif), 1964.403.

TOULEMON, « Le délit d'abstention fautive et le médecin », G.P. 1953.I, Doc. 48.

— « Le décret-loi du 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle ou commerciale », Rev. trim. dr. com., 1954. 269.

— « La spéculation par refus de vente », Rev. trim. dr. com., 1961.I.

— « Les droits de l'interprète », Rev. trim. dr. com., 1964.247.

VASSEUR, « Urgence et Droit civil », R.T.D.C. 1954.405. « Un nouvel essor contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », R.T.D.C. 1965, p. 5.

VIDAL, « Observations sur la nature juridique de l'action civile », Rev. Sc. Crim., 1963.481.

VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », Archives de philosophie du Droit, Numéro consacré au « Rôle de la volonté dans le Droit ».

VOIRIN, « Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie. A propos de l'arrêt de la Cour de Paris du 30 avril 1963 », D. 1963, Ch. 247.

VOUIN, « Le médecin devant l'article 63 du Code pénal », Rev. Sc. Crim., 1957.363.

WALINE, « De la situation juridique de l'usager d'un service public », Rev. Crit., 1933.236.

ZWEIGERT (Konrad), « Du sérieux de la promesse — Remarques de Droit comparé sur la distinction des actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas », Rev. Int. Dr. Comp. 1964, p. 31.

IV. — PRINCIPALES NOTES DE JURISPRUDENCE

BONNECASE, S. 1920.I.17 sous Civ. 24 novembre 1916.

BOULLANGER, S. 1868.I.193 sous Civ. 3 décembre 1867.

BRÈTHE de la GRESSAYE, S. 1925.I.217 sous Req. 1er mai 1924 et 24 novembre 1924 ; J.C.P. 1953.II.7718 sous T.C. Seine, 9 janvier 1953.

CARBONNIER, Droit social, 1946.16 sous Cass. soc., 5 janvier 1945 ; J.C.P. 1958.II. 10868 sous Cass. soc., 24 mars 1958.

CHAMBON, J.C.P. 1960.II.11448 sous Crim., 19 novembre 1959.

Despax, Savatier et Melle A.M.G., Droit social, 1963.350 sous Cass. soc., 16 janvier 1963.

Gavalda, J.C.P. 1961.II.12308 sous Paris, 3 décembre 1959.

Guérin, J.C.P. 1960.II.11635 sous Trib. Corr. Lyon, 18 mai 1960 ; J.C.P. 1960.II. 11675 sous Bordeaux, 11 juillet 1960.

Hauriou, S. 1907.III.33 sous C.E., 21 décembre 1906.

Hémard, D. 1960.556 sous Trib. Comm. Nice, 30 mai 1960 ; D. 1963.556 sous Amiens, 9 mai 1963 ; J.C.P. 1965.II.14160 sous Cass. Crim., 22 octobre 1964 (2 arrêts).

Josserand, D. 1908.II.73 sous T.C. Lille, 12 novembre 1906 et Trib. Com. Epernay, 8 février 1906 ; D. 1913.II.177 sous Chambéry, 23 juillet 1912, Amiens, 7 février 1912 et T.C. Compiègne, 19 février 1913.

Labbé, S. 1886.I.1 sous Req. 23 novembre 1885 ; S. 1893.II.193 sous Trib. Paix Paris IX[e] Arr., 13 janvier 1893.

Marin, « Banque », 1960.536 sous Trib. Comm. Seine, 27 juin 1960.

Plaisant, J.C.P. 1951.II.6110 sous Paris, 9 mai 1950 ; J.C.P. 1961.II.12052 sous Paris, 7 février 1961.

Plaisant et Lassier, J.C.P. 1956.II.9640 sous Trib. Comm. Nantes, 23 avril 1956, Trib. Comm. Nice, 21 juillet 1956 ; J.C.P. 1957.II.9790 sous Lyon, 3 octobre 1956.

Planiol, D.P. 1906.I.113 sous Req. 13 mars 1905 ; D.P. 1916.I.25 sous Civ., 9 mars 1915.

Robert (J.), S. 1962.219 sous Crim., 11 juillet 1962 ; D. 1963.366 sous Cass. Comm., 12 mars 1963 et Trib. Comm. Seine, 13 mars 1963.

Rouast, D.P. 1928.I.33 sous Civ., 16 novembre 1927 ; D. 1963.428 sous Paris, 30 avril 1963 ; D. 1965.213 sous Soc., 27 avril 1964.

Savatier (R.), J.C.P. 1964.II.13663 sous T.G.I. Grenoble, 6 avril 1964.

Teitgen (P.H.), Droit social, 1938 sous Civ., 9 mars 1938.

Trasbot, J.C.P. 1946.II.2915 sous Aix, 25 octobre 1943.

Voirin, D.P. 1928.II.197 sous Lyon, 16 mai 1928.

Wahl, S. 1903.II.177 sous Besançon, 5 juillet 1889.

V. — OUVRAGES EN LANGUES ETRANGERES

Bulck, *Von Kontrahierungswang Zur Abschlusspflicht*, 1940.

Josserand, *Considerazione sull'Contratto « Regolato »*, Archivio Juridico, 1934.

Lange, *B.G.B. Allgemeinerteil.*

Table des Matières

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

REFUS DE CONTRACTER ET INTERVENTIONNISME 23

TITRE PREMIER

LE REFUS DE CONTRACTER MANIFESTATION DE LA LIBERTE PROFESSIONNELLE 25

CHAPITRE PREMIER. — *Les activités contrôlées et le refus de contracter* 27

Section I. — Les monopoles de droit 28

§ 1. La jurisprudence concernant le monopole de droit 28

§ 2. Discussion 30

Section II. — Les professions libérales 35

§ 1. Les officiers ministériels 36

§ 2. Les autres professions contrôlées par l'Etat 38

CHAPITRE II. — *Le droit du travail et le refus de contracter* 43

Section I. — Analyse de la jurisprudence 44

§ 1. Le refus d'embauchage émane d'une volonté libre 44

§ 2. Le refus d'embauchage est dicté par des engagements antérieurs .. 48

Section II. — Discussion 51

§ 1. Examen critique 51

§ 2. Tentative de synthèse 55

Titre II

LA LOI PENALE ET LE REFUS DE CONTRACTER
MANIFESTATION DE LA LIBERTE COMMERCIALE 65

Chapitre premier. — L'intervention contre la liberté 69

Section I. — Taxation et libéralisme 70

§ 1. La répression des fraudes à la taxe 70

§ 2. Les limites de la répression 72

Section II. — Le perfectionnement du système de la taxe et l'influence de celle-ci sur le problème du refus de contracter 75

Chapitre II. — *L'intervention au secours de la liberté* 81

Section I. — Les données du problème 83

§ 1. Généralités 83

§ 2. Les contrats d'exclusivité 86

Section II. — La jurisprudence 91

Sous-section I. — La jurisprudence consécutive au décret de 1953 et antérieure à la circulaire du 31 mars 1960 92

Sous-section II. — La jurisprudence postérieure à la circulaire Fontanet .. 94

§ 1. Le refus de vente en l'absence de contrat de concession exclusive .. 95

§ 2. Le refus de vente et le contrat de concession exclusive 99

Section III. — Le délit de refus de vente, sanction d'un refus de contracter ? 104

§ 1. Le domaine restreint du refus de vente 105

§ 2. L'impossibilité pour le sollicitant d'agir en indemnité 111

Deuxième Partie

REFUS DE CONTRACTER ET LIBERALISME 117

Titre Premier

LE REFUS DE CONTRACTER
ET LA FORMATION IMMEDIATE DU CONTRAT 119

Chapitre premier. — *Vision classique du refus de contracter* 121

Section I. — Monopole de fait et refus de contracter 121

§ 1. Analyse de la jurisprudence 122

§ 2. Discussion 126

Section II. — L'abus du droit et le refus de contracter 132

§ 1. Analyse de la jurisprudence 133

§ 2. Discussion 139

Chapitre II. — *Véritable nature du refus de contracter* 151

Section I. — La responsabilité du sollicité a toujours pour origine sa pollicitation 152
§ 1. Le contrat se forme par l'acceptation de l'offre 152
§ 2. La licéité des réserves 156
Section II. — La pollicitation du sollicité est la mesure de son engagement 162
§ 1. L'offre comme mesure du contrat 163
§ 2. Appréciation critique du système français 167

Titre II

LE REFUS DE CONTRACTER
ET LA NOTION DE POURPARLERS 175

Chapitre premier. — *Pourparlers et modes spéciaux de la formation du contrat* 179
Section I. — Adjudication et pourparlers 179
§ 1. Le marché de gré à gré 180
§ 2. L'adjudication 183
Section II. — L'article 1592 du Code civil et les pourparlers 190
§ 1. Les données du problème 191
§ 2. Discussion 194

Chapitre II. — *La technique de l'interprétation des contrats et les pourparlers* 199
Section I. — La notion de punctation et le droit français 199
§ 1. Les principes 200
§ La jurisprudence 202
Section II. — La notion d'accord de principe et certaines techniques de formation du contrat 206
§ 1. De la vente à l'essai et au goûter 207
§ 2. Autre application de la notion d'accord de principe 211

Conclusion 219

Bibliographie 223

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS -- 1110
Dépôt légal : 4e Trimestre 1966

Printed in France

IMPRIMERIE R. VANÇON
77, rue du Cardinal-Lemoine
PARIS (5e)
No 192 18-10-66